ENZYKLOPÄDIE DER
RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT
ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT
HERAUSGEBER E. KOHLRAUSCH UND W. KASKEL
XVIII

ERNST JAEGER

KONKURSRECHT

VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1924

ENZYKLOPÄDIE DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN VON

E. KOHLRAUSCH · W. KASKEL · A. SPIETHOFF

ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN VON

DR. EDUARD KOHLRAUSCH
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
BERLIN

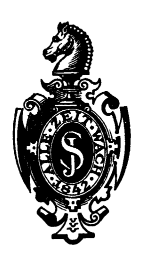
DR. WALTER KASKEL
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
BERLIN

XVIII

KONKURSRECHT

VON

DR. JUR. ERNST JAEGER
GEH. HOFRAT, PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
LEIPZIG

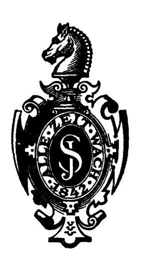


VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1924

KONKURSRECHT

VON

DR. JUR. ERNST JAEGER
GEH. HOFRAT, PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
LEIPZIG



VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1924

ISBN-13: 978-3-642-88864-9 e-ISBN-13: 978-3-642-90719-7
DOI: 10.1007/978-3-642-90719-7

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Zweck und Wesen des Konkurses 1
§ 2. Grundsätzliche Gestaltung des Konkurses 2
§ 3. Gesetzgebung und Schrifttum 4
§ 4. Hilfswissenschaften 6

Erster Abschnitt.

Die Konkursbeteiligten.

I. Der Konkursschuldner.
§ 5. 1. Die Konkursfähigkeit 8
§ 6. 2. Die rechtliche Stellung des Konkursschuldners 11
3. Einfluß des Konkurses auf schwebende Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten des Schuldners
§ 7. A. Rechtsgeschäfte 20
§ 8. B. Rechtsstreitigkeiten 28
II. Die Konkursgläubiger.
§ 9. 1. Begriff der Konkursgläubiger 34
§ 10. 2. Die rechtliche Stellung der Konkursgläubiger 39
§ 11. 3. Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung 52
§ 12. III. Der Konkursverwalter 56

Zweiter Abschnitt.

Die Konkursmasse.

§ 13. 1. Die Abgrenzung der Masse 62
§ 14. 2. Die Aussonderung 69
§ 15. 3. Die Absonderung 76
§ 16. 4. Die Aufrechnung 88
§ 17. 5. Die Massegläubiger 91
6. Die Masseergänzung im Wege der Gläubigeranfechtung.
§ 18. a) Begriff und Arten der Gläubigeranfechtung 95
§ 19. b) Der gesetzliche Tatbestand der Anfechtbarkeit 97
§ 20. c) Wesen und Inhalt der Anfechtbarkeit 110
§ 21. d) Geltendmachung der Anfechtbarkeit 114

Dritter Abschnitt.

Das Konkursverfahren.

§ 22. 1. Die Regelung im allgemeinen 120
§ 23. 2. Das Konkursgericht 122
§ 24. 3. Das Eröffnungsverfahren 123
§ 25. 4. Das Feststellungsverfahren 128
§ 26. 5. Die Konkursverteilungen 134
§ 27. 6. Die Beendigung des Verfahrens.
a) Die Konkursbeendigung im allgemeinen 137
§ 28. b) Der Zwangsvergleich im besonderen 139

Vierter Abschnitt.

Die besonderen Konkursarten.

§ 29. 1. Allgemeines 146
2. Die vorbildlichen Hauptfälle.
§ 30. a) Konkurs der offenen Handelsgesellschaft 147
§ 31. b) Konkurs der Aktiengesellschaft 148
§ 32. c) Konkurs der eingetragenen Genossenschaft 151
§ 33. d) Nachlaßkonkurs 155

Fünfter Abschnitt.

§ 34. **Das zwischenstaatliche Konkursrecht** 159

Sechster Abschnitt.

§ 35. **Konkursabwendungsverfahren (Geschäftsaufsicht)** 161
Sachverzeichnis 166

Vorbemerkung.

Die nachfolgende Darstellung des Konkursrechts hat den mir ursprünglich zugemessenen Raum beträchtlich überschritten. In engeren Grenzen war aber bei der Schwierigkeit des Stoffes und bei seiner Bedeutung für unser Rechtsleben die Aufgabe, Anfänger in den Gedankenkreis des Konkursrechts einzuführen und zugleich gereiften Juristen förderliche Anregungen zu bieten, keinesfalls zu lösen. Ja ich besorge, daß die Schrift auch im jetzigen Umfang noch an mancher Stelle allzu knapp gefaßt sein wird. Der ersten Anleitung mag im allgemeinen der großgedruckte Text genügen. Kleindruck und Noten enthalten Ergänzungen, besonders die Stellungnahme zu andern Lehrmeinungen und zur Praxis, mit der unsere Darstellung überall in Fühlung zu bleiben sucht.

Über die konkursrechtliche Literatur bis zur ersten Kriegszeit unterrichtet die 5. Auflage meines Kommentars. Neues von Erheblichkeit ist nicht erschienen. Der Umsturz unserer wirtschaftlichen Verhältnisse aber hat seitdem das Konkursrecht vor neue Fragen gestellt, denen keine wissenschaftliche Bearbeitung ausweichen darf. Auch die konkursabwendende Geschäftsaufsicht mußte in den Bereich der Darstellung einbezogen werden. Die Neuerungen vom 14. Juni 1924 sind berücksichtigt.

Paragraphen ohne Zusatz verweisen auf die Konkursordnung, im Schlußabschnitt (S. 161ff.) auf die Verordnung über die Geschäftsaufsicht.

Leipzig, im Juli 1924.

Ernst Jaeger.

Einleitung.

§ 1.

Zweck und Wesen des Konkurses.

I. Rechtsfeststellung und Anspruchsverwirklichung durch die Macht des Staates sind die Hauptaufgaben des Zivilprozesses. Die Vollstreckung (Exekution) verzweigt sich ihrerseits in zwei Gliederungen, in die Einzelvollstreckung („Zwangsvollstreckung" im Sinne des 8. Buches der ZPO., Spezial- oder Singularexekution) und in die Gesamtvollstreckung („Konkurs" im Sinne der KO., General- oder Universalexekution). Die Zwangsvollstreckung verwirklicht, soweit sie den Zwecken der Geldbeitreibung dient, einzelne Ansprüche durch Zugriff auf einzelne Vermögensgegenstände, und zwar nach unserem Reichsrechte dergestalt, daß der Erstzugriff einen dinglichen Vorrang begründet (§ 804 III ZPO., § 11 II ZVG.). Der Konkurs dagegen erfaßt mit einem Schlage alles zugriffsfähige Schuldnervermögen, um es einer gemeinsamen und für die Regel gleichmäßigen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger zuzuführen (§§ 1, 3, 61 Nr. 6, 181).

Den Grund des Konkurses bildet der Vermögensverfall des Schuldners (§ 102). Sobald dieser außerstande ist, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, gebietet die Billigkeit, daß jeder Gläubiger zu seinem Teile den Verlust mittrage. Von nun ab darf weder die Willkür des Schuldners noch das zufällige Zuvorkommen eines Gläubigers für die Befriedigung maßgebend sein. So geht der Zweck des Konkurses dahin, die Haftung der unzulänglichen Vermögensmasse im Wege gemeinsamer und gleichmäßiger Befriedigung aller persönlichen Gläubiger zu verwirklichen. In einer solchen, auch gegen[1]) den Willen des Schuldners durchzuführenden Schuldenbereinigung liegt das Ziel dieser Vollstreckungsart: der Konkurs ist Zwangsvollzug der persönlichen Haftung des Schuldners unter Verlustgemeinschaft der Gläubiger[2]).

Die Befriedigung der Gläubiger ist der Zweck des Konkurses, die Feststellung der Gläubigerrechte nur ein Mittel zum Zwecke. Streitigkeiten über Gläubigerrechte schlichtet das Konkursgericht nicht selber. Sie sind außerhalb des Konkursverfahrens zu entscheiden (§ 146). Das Konkursgericht hat nur die Tatsache der Bestreitung oder der Nichtbestreitung zu beurkunden (§ 145 I). An die Beurkundung der Unbestrittenheit knüpft aber ein bedeutsamer Zweckmäßigkeitssatz die Folgen der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit (§§ 145 II, 164 II mit §§ 194, 206 II).

II. Erstrebt der Konkurs eine Zwangsbefriedigung von Forderungsrechten mit staatlicher Hilfe, so gehört das Konkursverfahren seinem Gesamtzwecke nach nicht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern dem Zivilprozeß an[3]). Dem entspricht die gesetzliche Regelung. Denn nach § 72 KO. finden ganz allgemein die Verfahrensvorschriften der ZPO. und nicht etwa die des FGG. ergänzende Anwendung. Nament-

---

[1]) Siehe namentlich die §§ 101, 103 II, 106, 125.

[2]) Die dingliche Haftung wird „unabhängig vom Konkursverfahren" verwirklicht (§ 4 II).

[3]) Anders namentlich eine in Österreich vorherrschende Lehre. Siehe z. B. Bartsch-Pollack, ÖsterrKO. (1917) II, S. 89f.; Näheres unten S. 120 f.

lich ist die Beschwerde der streitigen, nicht der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Rechtsmittel des Konkurses (§ 73 III KO., § 577 ZPO.). Auch im Kostenpunkte wird das Konkursverfahren (processus cridae) als „Rechtsstreit" behandelt (§§ 1, 40ff., 71ff. GKG.). Eine verbreitete akademische Übung reiht daher die Behandlung des Konkursrechts den Vorlesungen über das Zivilprozeßrecht ein. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß nur das zweite Buch der KO. („Konkursverfahren") und auch dieses nur der Hauptsache nach, prozeßrechtlichen Inhalt hat, während der ganze Stoff des ersten Buches („Konkursrecht", d. h. materielles Konkursrecht) dem bürgerlichen Recht angehört. Bedeutung und Schwierigkeit des Konkursprivatrechts stehen derart im Vordergrunde, daß es sich dringend empfiehlt, das Konkursrecht (materielles und formelles) im Rechtsunterricht als selbständiges Fach zu behandeln. Da übrigens auch die Sätze des Konkursprivatrechts vorwiegend den Schutz einer unbestimmten Vielheit von Personen bezwecken, sind sie insoweit zwingenden Rechts[1]).

III. Wesentlich gefördert wird die Erreichung des Konkurszweckes dadurch, daß das Gesetz den Zeitpunkt der Konkurseröffnung einheitlich und endgültig maßgebend sein läßt für die Abgrenzung der Teilungsmasse (§ 1) und der Schuldenmasse (§ 3). Diese der Rechtslogik wie der Zweckmäßigkeit entsprechende Regelung gründet sich aber auf die Annahme einer Standfestigkeit des gesetzlichen Wertmessers (§ 69), wie sie uns zur Zeit der wirtschaftlichen Blüte des Reiches als selbstverständlich galt. Die mit dem Zusammenbruch unserer Wirtschaft Hand in Hand gehende Geldentwertung hatte einer gedeihlichen Handhabung des Konkursgesetzes den Boden entzogen. Infolge des Verfalls der Währung begann wie manch anderer Bestandteil unserer Rechtsordnung auch die Einrichtung des Konkurses zu versagen. Darüber unten § 4 II.

§ 2.

Grundsätzliche Gestaltung des Konkurses.

I. Zur Erreichung des Konkurszweckes haben sich im Laufe der geschichtlichen Entwicklung zwei verschiedenartige Systeme ausgebildet: das eine vertraut den Vollzug der Aufgabe der Amtstätigkeit des Gerichts an, dessen Maßnahmen die Beteiligten sich zu fügen haben; das andere überläßt ihn ihrer Selbstverwaltung. Als gerichtliches Offizialverfahren behandelt den Konkurs der Spanier Salgado de Samoza in seinem berühmten Werke Labyrinthus creditorum concurrentium (1645)[2]). Unter seinem Einflusse hat im Jahrhundert des Dreißigjährigen Krieges,

---

[1]) Eine Frage, die unsere Gerichte oft beschäftigt hat. Aus dem aufgestellten Grundsatze ergibt sich beispielsweise, daß die in den §§ 17—23 zugunsten der Konkursmasse vorgesehene Lösung oder Lösbarkeit von Schuldverhältnissen nicht im vorhinein durch Vertrag mit dem späteren Gemeinschuldner wegbedungen oder erschwert, daß eine Aufrechnungsbefugnis nicht im Widerspruche mit dem § 55, ein Vorrecht nicht entgegen der Rangfolge des § 61 durch Vereinbarung mit dem späteren Gemeinschuldner begründet werden kann.

[2]) Auf ihn geht wohl auch das Aufkommen des Wortes Konkurs (concursus creditorum) zurück. Der Sprache des römischen Rechts ist die Bezeichnung fremd. Der Ausdruck Gant trifft zunächst nur die Versteigerung der Habe des Schuldners (italienisch incanto = incantatio, d. h. lautes Aus- und Anbieten). Crida deutet auf den öffentlichen Aufruf der Gläubiger hin (italienisch grida von gridare = franz. crier); daher die Bezeichnung des Schuldners als Kridar (Kridatar). Falliment, fallieren, Fallit (ital. fallimento, fallire, fallito) stammen vom latein. fallere; ebenso franz. faillite und holländ. faillissement. Die deutsche Gesetzessprache verwendet den Ausdruck „Bankerutt" im Widerspruch mit der Volkssprache (Bankrott) in den §§ 239f. KO. ausschließlich als strafrechtlichen Fachausdruck (franz. banqueroute, engl. bancruptcy, zurückgeführt auf ital. banco rotto, banca rotta, weil angeblich die Wechselbank des zahlungsunfähigen Wechslers auf öffentlicher Gerichtsstätte zerschlagen wurde). Das Wort „Gemeinschuldner" (Salgado: debitor communis), das auch die Gesetze Österreichs und der Schweiz gebrauchen, hat sich nirgends in der Volkssprache einzubürgern vermocht.

in Zeiten tiefster Zerrüttung des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens, der gemeinrechtliche Gerichtsgebrauch, dem die Quellen des römischen Rechts nur eine ganz unzulängliche Stütze boten, ein starres bureaukratisches Konkurssystem entwickelt, das bald auch in Landesgesetzen Anerkennung fand. Den gegenteiligen Gedanken einer Selbsthilfe der Gläubiger, der bereits der römischen missio in bona eigentümlich ist[1]), bilden die italischen Stadtrechte vom 13. bis 16. Jahrhundert aus. Ihnen folgt die französische Handelsgesetzgebung (Ordonnance de commerce 1673, Code de commerce 1807, Buch 3 „des faillites et banqueroutes", neugefaßt 1838). Ihr wiederum die preußische Konkursordnung von 1855 und die bayerische Prozeßordnung von 1869 (5. Buch „Gant"). Durch Vermittlung der preußischen Konkursordnung hatte das französische System auch in Österreich Eingang gefunden, dessen (nun beseitigte) Konkursordnung von 1868 den Grundsatz der „Gläubigerautonomie" in verhängnisvoller Weise überspannte. Auch unsere Reichskonkursordnung hat sich, wiewohl weit kritischer als ihre Vorgänger, für eine staatlich überwachte Selbstverwaltung entschieden. Danach wird der Konkurs eröffnet und fortentwickelt nicht von Amts wegen, sondern nur auf Betreiben der Beteiligten und ihrer Vertreter. Nicht als Behörde, weder als Werkzeug des Gerichts noch als Träger eines selbständigen Staatsamtes, sondern als nichtbeamteter Vermögenspfleger hat der Konkursverwalter die Masse zu sammeln, zu verwalten, zu verwerten und zu verteilen. Vor wichtigen oder ungewöhnlichen Maßnahmen soll er zwar die Gläubigerschaft (den Gläubigerausschuß oder die Gläubigerversammlung) befragen. Das Konkursgericht aber kann ihm bindende Verwaltungsvorschriften im allgemeinen nicht erteilen. Es hat ihn nur im Interesse der Beteiligten zu überwachen, ähnlich wie der Vormundschaftsrichter einen anderen Sondergutspfleger.

Wohl geht noch heutzutage das Konkursgericht in gewissen Grenzen von Amts wegen vor. Namentlich kann es nach § 75 aufklärende Ermittelungen ohne Parteibegehren anstellen. Auch obliegt ihm eine Reihe beiläufiger Entscheidungen[2]). Dagegen sind Rechtsstreitigkeiten über Aussonderung, Absonderung, Anfechtung, Aufrechnung und Masseansprüche, ja selbst der Streit um das Konkursgläubigerrecht, außerhalb des Konkursverfahrens nach allgemeinen Regeln auszutragen. Nur in der Zuständigkeitsvorschrift des § 146 II klingt noch der gemeinrechtliche Gedanke einer vis attractiva concursus nach, demzufolge alle mit dem Konkurs zusammenhängenden und nicht schon anderweit anhängigen Prozesse vom Konkursgericht als solchem zu schlichten waren[3]).

[1]) Universalexekution ist die missio in bona zwar insofern, als sie alles Schuldnervermögen erfaßt und allen Gläubigern die Möglichkeit eröffnet, dem betreibenden beizutreten. Sie führt auch, wenn sie in eine bonorum venditio ausmündet, zu konkursähnlichen Ergebnissen, indem der Ersteher des Vermögens zu dem von ihm als Entgelt gebotenen Bruchteil in die Schulden gegenüber den beteiligten Gläubigern einrückt. Trotzdem ist sie kein Konkurs, weder den Voraussetzungen noch dem Zwecke nach: Vermögensverfall des Schuldners (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) erfordert sie nicht; ihr eigentliches Ziel liegt auch nicht in einer Vermögensveräußerung, sondern in der Nötigung des Schuldners, zu erfüllen oder sich zu verteidigen; endlich entzieht ihm die missio noch nicht die rechtliche Verfügungsmacht und erübrigt daher auch die Gläubigeranfechtung nicht (Dig. 42, 8, 9).

[2]) Siehe z. B. §§ 95f., 158, 160, 162, 176, 184. Verwaltungsanordnungen trifft das Konkursgericht nur ganz vereinzelt (vgl. §§ 161 II, 166, 169). Keineswegs hat es die Sammlung, Verwaltung und Verwertung der Masse zu leiten und dabei dem Verwalter in Zweckmäßigkeitsfragen Vorschriften zu machen. Auch Grundstücksveräußerungen sind der Selbstverwaltung anheimgestellt (§§ 134—136 KO.; vgl. dagegen §§ 1821, 1829 BGB.).

[3]) Auch Anfechtungs-, Aus- und Absonderungsansprüche im heutigen Sinne waren vor dem Konkursgericht als solchem anhängig zu machen, also im Rahmen des Konkursverfahrens auszutragen, und ursprünglich mit der Feststellung bestrittener Konkursforderungen in einem umfassenden Erkenntnis zu schlichten. Erst wenn dieses die Rechtskraft erlangt hatte, wurden allgemeine Auszahlungen zulässig. Die unerträglichste Verschleppung des Konkurses war die Folge. Auch flüssige Mittel blieben — schlecht oder gar nicht verzinst — unverteilt liegen und darum

II. Unser Reichsrecht regelt den Konkurs einheitlich für kaufmännische und für nichtkaufmännische Schuldner. Auch der Privatmann, der Landwirt, der Beamte, der Offizier, der Künstler ist konkursfähig. Ihr Konkurs wird nicht anders behandelt als der des Kaufmanns[1]). Doch liegt es in der Natur der Sache, daß das Handelsgewerbe, zumal der Warenhandel, besonders stark am Konkurse beteiligt ist, da dieser meist im Fehlschlagen wirtschaftlicher Unternehmungen seine Ursache hat[2]).

Die führenden italischen Stadtrechte, der Code de commerce und zahlreiche ihm nachgebildete Gesetze haben das Konkursrecht als Teil des Handelsrechts entwickelt. Noch heute ist namentlich in Frankreich, Belgien, Polen, Italien, Portugal, Bulgarien, Rumänien, Griechenland, der Türkei, in Ägypten, Mexiko und den meisten südamerikanischen Staaten das Konkursrecht ein Sonderrecht kaufmännischer Schuldner. Anderwärts, wie in Norwegen, Dänemark, Ungarn, Spanien, Serbien und Rußland bestehen Unterschiede zwischen dem kaufmännischen und dem nichtkaufmännischen Konkurse. Diesen Standpunkt hatte auch noch die preußische Konkursordnung von 1855 und verschärft die österreichische von 1868 eingenommen. Die unterschiedslose Zulassung und Behandlung des Verfahrens, wie sie bereits im gemeinen deutschen Konkursrechte stattfindet, hat unter den neuzeitlichen Gesetzgebungen vor allem die englische durchgeführt. Ihr folgen außer dem Deutschen Reiche namentlich Holland, die Vereinigten Staaten, die Schweiz, neuestens auch Österreich (KO. v. 1914) und Japan (KO. v. 1922). Die Verkehrsbedürfnisse der Gegenwart drängen zu dieser Regelung. So wenig wie der Kredit ist der Konkurs ein rein kaufmännischer Begriff. Da unsere Zwangsvollstreckung im Unterschiede vom französischen Recht unter dem Grundsatze vom Vorrange des Erstzugreifenden steht, dieser Grundsatz aber nur bei allgemeiner Möglichkeit des Konkurses und der ihm eigentümlichen Konkursanfechtung (§§ 30, 35) erträglich wird, war die Zulassung des nichtkaufmännischen Konkurses für uns ein unabweisbares Bedürfnis. Eine zwiespältige Ordnung des kaufmännischen und des gemeinen Konkurses empfiehlt sich nicht. Unterscheidungen, wie sie namentlich hinsichtlich der Konkurseröffnung, der Vorrechtsordnung, des Zwangsvergleichs und der Wiederbefähigung gemacht worden sind, entbehren der inneren Berechtigung.

§ 3.

Gesetzgebung und Schrifttum.

I. Auf Veranlassung des Bundesrats war im Schoße des preußischen Justizministeriums und auf der Grundlage der preußischen KO. von 1855 unter der meisterhaften Leitung von Karl Hagens (nachmals Präsident des OLG. Frankfurt a. M.) der „Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung" ausgearbeitet[3])

selbst Gläubigern mit völlig einwandfreien Forderungen vorenthalten. Bis zur preuß. KO. von 1855 beherrschten solche den Verkehrsbedürfnissen hohnsprechende Regelungen den größten Teil Deutschlands. In der sächsischen Staatengruppe und in einzelnen anderen Gebieten haben sie sich sogar bis zu den Reichsjustizgesetzen behauptet. Siehe die Übersicht in Anlage I der Motive zum Entw. einer KO.

[1]) Das Konkursstrafrecht, das bis zur KO. auch bei uns auf Kaufleute beschränkt war, hat noch heute zum Teil Voraussetzungen, die nur der Kaufmann erfüllen kann (vgl. §§ 239 Nr. 3, 4, 240 Nr. 3, 4).

[2]) Im Handel, besonders im Kleinhandel mit Waren, ist der Fehlschlag häufiger als anderswo, weil der Handeltreibende leichter für seine Unternehmungen einen unzureichend begründeten Kredit findet. Im letzten Friedensjahre (1913) waren rund 40% der neuen Konkurse solche von Handelsgewerbetreibenden. In der Landwirtschaft ist der Konkurs schon vor dem Kriege eine seltene Erscheinung gewesen. Hier verdrängt die Liegenschaftsvollstreckung vielfach den Konkurs.

[3]) Der Verdeutschungsversuch „Gemeinschuldordnung" („Gemeinschuldverfahren", „Gemeingläubiger", „Gemeinverwalter" usw.), angelehnt an den in der damaligen Gesetzessprache bereits vorkommenden, aber aller Volkstümlichkeit ermangelnden Ausdruck „Gemeinschuldner", wurde rechtzeitig fallen gelassen, das Musterwort selbst aber folgewidrig beibehalten.

und 1873 vollendet worden. Durch eine Kommission von Juristen und Kaufleuten in einzelnen Punkten verändert (1874), wurde die Arbeit als „Entwurf einer Konkursordnung" 1875 dem Bundesrat und nach einigen weiteren Abänderungen mit Motiven dem Reichstage vorgelegt. Eine besondere Kommission des Reichstags beschloß abermals einzelne Abänderungen, über die ihre „Protokolle" Auskunft geben. Gegen Ende des Jahres 1876 vom Reichstag angenommen, als Gesetz vom 10. Februar 1877 mit EG. vom gleichen Tage verkündet und durch Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, (AnfG.) vom 21. Juli 1879 ergänzt, hat die KO. wie die übrigen Reichsjustizgesetze am 1. Oktober 1879 Gesetzeskraft erlangt.

Das BGB. und seine Nebengesetze machten Änderungen der KO. und des AnfG. notwendig, die in der (flüchtig verfaßten) Konkursnovelle v. 17. Mai 1898 (mit besonderem EG.) enthalten sind. Im Hinblick auf die hier verordneten Streichungen und Einschaltungen wurde der Reichskanzler durch Gesetz vom gleichen Tage ermächtigt, den neuen Text der KO. in fortlaufender Nummernfolge der Paragraphen bekanntzumachen. Das ist unter dem 20. Mai 1898 geschehen. Eine Änderung des § 21 KO. brachte das Gesetz vom 8. Juni 1915, die Zulassung der Goldmarkrechnung im Konkurse die VO. vom 14. Februar 1924[1]).

II. Auch das beste Konkursgesetz vermag die Nachteile nicht auszuschließen, die der Konkurs jeder größeren Unternehmung für die unmittelbar Beteiligten, aber auch für weitere Verkehrskreise im Gefolge hat. Schon die Tatsache seiner Eröffnung entwertet das Schuldnervermögen. Die Versilberung der Masse artet nur zu oft in eine Verschleuderung aus und pflegt den Handel schwer zu schädigen. Darum bildet die Konkursverhütung, zumal in Zeiten wirtschaftlicher Not, eine überaus ernste Aufgabe des Gesetzgebers. Er muß dafür sorgen, den Widerstand selbstsüchtiger, unverständiger oder gleichgültiger Minderheiten gegen die Sanierung notleidender, aber lebensfähiger Betriebe überwindbar zu machen, ohne daß zugleich dem Schuldner Wege erschlossen werden, auf denen er sich seinen Verpflichtungen böswillig zu entziehen vermag. Diesen Gedanken hat das Kriegsnotrecht nach dem Vorgange zahlreicher Auslandsgesetze in Verordnungen des Bundesrats vom 8. August 1914 und vom 14. Dezember 1916 zu verwirklichen gesucht. Die „Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses" verstattet in der Regelung von 1916 auch die Konkursverhütung durch einen Vergleich mit Mehrheitszwang (Präventivakkord). Verordnungen vom 8. Februar und vom 14. Juni 1924 suchen sie der veränderten Wirtschaftslage anzupassen[2]).

III. Die Konkursordnung hat drei Bücher. Im ersten behandelt sie das Konkursprivatrecht, im zweiten das Konkursprozeßrecht, im dritten (an Stelle der früheren §§ 281—283 StGB. und ergänzt durch § 83 GmbHG., §§ 112, 113 VAG.) das Konkursstrafrecht. Sie hat das Konkursrecht anderer Reichsgesetze grundsätzlich unberührt gelassen, das Landeskonkursrecht grundsätzlich verdrängt (§§3ff. EG.KO.)

Die Materialien der KO., des AnfG. und der Novellen sind gesammelt von Hahn und Mugdan (1881, 1897).

Kommentare schrieben: Jaeger (1. Aufl. 1902, 5. 1916), Petersen und Kleinfeller (1. Aufl. 1878, 4. 1900), v. Sarwey und Bossert (1. Aufl. 1879, 4. 1901), v. Wilmowski, Kurlbaum und Kühne (1. Aufl. 1878, 6. 1906), Th. Wolff (1. Aufl. 1900, 2. 1921); einen Handkommentar: K. Meyer und Bleyer (1. Aufl. 1899, 2. Aufl. 1921).

Aus der systematischen Literatur seien hervorgehoben: Fitting, Lehrbuch (3. Aufl. 1904), Hellmann (Lehrbuch 1907), Kleinfeller (Lehrbuch 1912), Kohler Lehrbuch (1891, Leitfaden 2. Aufl. 1903), Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe

[1]) Siehe darüber unten S. 7, 35, 128.

[2]) Näheres unten im § 35.

(I 1891), A. S. SCHULTZE, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen (1880), SEUFFERT, Konkursprozeßrecht (1899).

Einzelabhandlungen bis zum Jahre 1916 sind angeführt bei JAEGER a. a. O. Insoweit mag ein allgemeiner Hinweis genügen. Auf die spärliche Konkursliteratur der Folgezeit verweist dieser Grundriß, soweit es sein beschränkter Zweck erfordert.

§ 4.

Hilfswissenschaften.

I. Rechtsvergleichung. Den Ruhm, das trefflichste der Reichsjustizgesetze zu sein, verdankt unsere KO. nicht zum wenigsten der sorgsamen und klugen Berücksichtigung, die der Redaktor — wie die Begründung der Entwürfe zeigt — den ausländischen Gesetzen hat angedeihen lassen. So erklärt sich auch der starke Einfluß, den das nach Inhalt und Form mustergültige Reichsgesetz auf alle späteren konkursrechtlichen Regelungen des Auslandes geübt hat, besonders auf die Konkursgesetzgebung in Ungarn (1881), in der Schweiz (1889), in Holland (1893), in Österreich (1914) und zuletzt in Japan (1922). Heute wird die rechtsvergleichende Arbeit wesentlich gefördert durch das großangelegte Sammelwerk, die Handelsgesetze des Erdballs, begründet von O. BORCHARDT, neu herausgegeben von KOHLER, MEYER, DOVE und TRUMPLER (3. Aufl. 1906ff.), welches das Handels-, Wechsel-, Konkurs- und Seerecht der Kulturstaaten enthält.

II. Konkursstatistik. Zuverlässige Angaben über die Zahl der Zusammenbrüche (Konkurseröffnungen und Ablehnung von Konkursanträgen mangels Masse), über Art[1]) und Beruf der Gemeinschuldner, über die Höhe der Aktiven und der Passiven, über die Dauer der Konkurse und die Art ihrer Beendigung sowie über ihr finanzielles Ergebnis (das im umgekehrten Verhältnisse zur Dauer zu stehen pflegt) haben nicht nur volkswirtschaftlichen Wert[2]); sie fördern auch in erheblichem Maße die Fortbildung der Gesetze, indem sie Unzweckmäßigkeiten der bestehenden Rechtseinrichtungen aufdecken[3]). Diesen Bedürfnissen dient die Konkursstatistik. Im Reiche hat sie sich als Begleiterscheinung der Reichsjustizgesetze und zunächst als Bestandteil der Reichsjustizstatistik eingestellt, aber erst auf Grund eines Bundesratsbeschlusses vom 29. November 1894 (Vierteljahrshefte zur Statistik des Deutschen Reiches 1895 I 3ff.) die zweckentsprechende Ausbildung erfahren[4]).

Während bis zum Ausbruche des Krieges die Konkurse immer häufiger geworden waren (die Zahl der Neueröffnungen stieg von 5252 im Jahre 1881 auf 9775 im Jahre 1913), zeigte sich im Laufe des Krieges unter dem Einflusse des Kriegsteilnehmerschutzes[5]) und der konkursabwendenden Geschäftsaufsicht[6]) ein stetiges

[1]) Ob natürliche oder juristische Person, ob Einzel- oder Verbandsperson, ob Nachlaß (Gesamtgut).

[2]) So z. B. als Auskunft über das Gedeihen verschiedener Unternehmungsformen, über die Lage der einzelnen Erwerbszweige, über die Dauer der Gebundenheit konkursbefangener Kapitalien, über die Auswirkung von Krisen.

[3]) Beispielsweise zeigt die unverhältnismäßige Zunahme der Nachlaßkonkurse, wie verfehlt es ist, daß unser BGB. den Nachlaßkonkurs zum ordentlichen Mittel der erbrechtlichen Gütersonderung gemacht und seine Beantragung unter strengen Zwang gestellt hat (§§ 1975, 1980, 1985). Von 1642 Konkursen des Jahres 1918 waren 1274, d. h. 77,6% solche von Nachlässen.

[4]) Siehe namentlich A. WIRMINGHAUS im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4. Aufl., Bd. V (1922), S. 852ff. (Hier auch Auslandsstatistik.)

[5]) Nach § 6 des Gesetzes vom 4. August 1914, betr. den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen, setzte die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Kriegsteilnehmers dessen Antrag voraus.

[6]) Im Jahre 1915 waren 3856, 1916 noch 1029, 1917 noch 463 und 1918 nur noch 235 Geschäftsaufsichten angeordnet worden. Die Zahl der Neuanordnungen sank 1919 bis auf 172, stieg 1920 auf 231 und 1921 auf 516.

Sinken der Konkurszahl (1914 noch 7849, dagegen 1918 nur noch 816 Neueröffnungen). Diese Abnahme hat sich in der Nachkriegszeit fast bis zum Verschwinden der Konkurse verstärkt, aber leider nicht infolge einer gesunden, sondern infolge einer unerhört ungesunden Wirtschaftslage und der mit ihr verknüpften maßlosen Papiermarkentwertung. Unter stabilen Währungsverhältnissen war die Konkurszahl ein Wertmesser für die Ergiebigkeit der Wirtschaft gewesen. Die Zahl sank oder stieg Hand in Hand mit den wirtschaftlichen Gewinnen oder Verlusten. Je stärker nun aber unsere Papiermark sich entwertete, desto leichter ward es dem Schuldner, der seine Zahlungen noch zum vollen Nennwerte der verschlechterten Währung anbrachte, seine Verbindlichkeiten zu begleichen. So schienen Konkursmassen mit wertbeständigem Grundstock[1]) im Laufe des Verfahrens immer zahlungsfähiger zu werden. Die Gläubiger erhielten schließlich 100% ihrer festgestellten Forderungen (mehr wagte die Praxis in der Regel nicht zuzuteilen) und sahen sich am Ende mit einem Nichts abgefunden. Darum verfielen sie auf den Gedanken, unter dem Gesichtspunkte der Haftbarkeit des Schuldners für Verzugsschaden die Erstattung der Geldentwertung entweder innerhalb des Konkurses in wiederholten Nachträgen zur ursprünglichen Anmeldung oder außerhalb des Verfahrens als neue, stetig weiterwachsende Forderung zu verfolgen. Von solcher Verzugshaftung des Konkursschuldners kann aber keine Rede sein. Der Konkurs ist ja bereits ein Befriedigungsverfahren, und zwar eben dasjenige, das der Gesetzgeber im Interesse gleichmäßiger Deckung aller auf die Konkursmasse angewiesenen fälligen und noch nicht fälligen Forderungen als das zweckmäßigste erachtet und unter seinen besonderen Schutz gestellt hat. Auf eine Erfüllung anderer Art hat kein Konkursgläubiger ein Recht (§§ 12, 14). Darum kann auch keiner aus dem allgemeinen Erfüllungsaufschub, den das gemeinsame Befriedigungsverfahren seiner Natur nach mit sich bringt, einen Anspruch auf Ersatz von Verzögerungsschaden ableiten[2]).

Die Abhilfe war auf anderem Wege zu suchen. Ein Konkursgesetz, das wie das unsere den Bestand der Aktiv- und der Passivmasse gleichmäßig auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung begrenzt (§§ 1, 2, 69), bedarf eines stabilen Wertmessers. Einen solchen hatte die Reichsgoldmark geboten. Die Reichspapiermark als gesetzliches Zahlungsmittel genügte diesem Bedürfnisse nicht mehr. So blieb kein anderer Ausweg als der, neben das gesetzliche, aller Beständigkeit ermangelnde Zahlungsmittel für den Konkurszweck einen standfesten Wertmesser zu setzen. Dies verfügte, nachdem das Rechnen mit der Papiermark die Durchführung der Konkurse unmöglich gemacht hatte[3]), eine VO. vom 14. Februar 1924 über die Goldmarkrechnung im Konkurse (RGBl. I 115), die ausdrücklich ausspricht, daß Konkursforderungen den Goldmarkwert des Eröffnungstages behalten (§ 1) und daß sie, in Goldmark berechnet, festzustellen sind (§ 2)[4]). Eine nachhaltige Abstellung des Konkursnotstandes ist freilich nur von der Gesundung unserer wirtschaftlichen Verhältnisse und der dann erst gesicherten Währungsbeständigkeit zu erhoffen.

---

[1]) Mit Warenlagern, Rohstoffen, Devisen. Andere, namentlich die in Bankguthaben angelegten Massen, haben sich völlig verflüchtigt, dergestalt, daß vielfach nicht einmal die Mittel zur Erschwingung der Gerichtsgebühren übrig blieben. Die Folge waren zahlreiche Einstellungen wegen Massemangels.

[2]) Näheres LZ. 1924 Sp. 1ff.

[3]) Im Jahre 1923 sind im ganzen Reiche nur noch 249 Konkurse eröffnet worden. Das Jahr des tiefsten Verfalls unserer Geldwirtschaft weist die niedrigste bisher zu verzeichnende Anzahl der Konkurse auf.

[4]) In grundsätzlichem Anschluß an LZ. 1924 Sp. 4ff. Schwebende Konkurse ergreift die VO. nach näherer Maßgabe der §§ 4—7.

Erster Abschnitt.

Die Konkursbeteiligten.

I. Der Konkursschuldner.

§ 5.

1. Die Konkursfähigkeit.

I. Das Konkursverfahren ist eine Prozeßart. Die Fähigkeit, Träger der Gemeinschuldnerrolle zu sein (Konkursfähigkeit), entspricht daher im allgemeinen der passiven Parteifähigkeit des Zivilprozesses. Im einzelnen kann Konkursschuldner sein:

1. Jede natürliche Person (§ 50 I ZPO., § 1 BGB.), mag sie geschäftsfähig sein oder nicht. Auf Kaufleute ist der deutsche Konkurs nicht beschränkt [oben § 2 II].

2. Jede juristische Person, z. B. eine Aktiengesellschaft (§ 207), ein rechtsfähiger Verein oder eine Stiftung (§ 213). Die Rechtspersönlichkeit dauert für die Zwecke des Konkurses — aber auch nur für diese — zunächst noch fort (arg. § 49 II BGB.), wenngleich der Wortlaut des Gesetzes die „Auflösung" (z. B. § 292 Nr. 3 HGB., § 101 GenG.) oder den „Verlust der Rechtsfähigkeit" (§ 42 I BGB.) schon an die „Eröffnung des Konkurses" knüpft. Gemeinschuldnerin ist also die juristische Person selbst. Sonst könnte von einem Konkurse der juristischen Person und deren Fortsetzung nach dem Konkurse (§ 307 II HGB.) keine Rede sein. Rechte und Obliegenheiten eines Gemeinschuldners (z. B. §§ 173, 100) haben die verfassungsmäßig berufenen Vertreter der juristischen Person wahrzunehmen, die insoweit ihres Amtes weiterwalten, ähnlich wie im Konkurse des Mündels dessen Vormund[1]). Die Einziehung rückständiger Mitgliederbeiträge ist ausschließlich Sache des Konkursverwalters, der den allgemeinen gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Schuldners genau so weit verdrängt wie den geschäftsfähigen Schuldner selbst (§ 6).

3. Der Verein ohne Rechtsfähigkeit (§ 54 BGB., § 50 II ZPO., § 213 KO.)[2]). Er gilt für die Zwecke des Konkurses wie für den Passivprozeß als selbständiges Rechtssubjekt, das im Vorstand seinen „gesetzlichen Vertreter" hat (arg. § 50 II Halbs. 2 ZPO. mit § 26 II BGB.). Träger der Gemeinschuldnerrolle ist der Verein als solcher, nicht etwa die Summe seiner Mitglieder. Denn das Gesetz stellt ihn für den Passivprozeß und damit für die Konkursbehandlung dem rechtsfähigen Vereine

---

[1]) Bezeichnend §§ 107, 108 (trotz § 101) GenG.

[2]) Hierher gehören vor allem die zahlreichen Vereine, deren Hauptzweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, die aber die Anmeldung zum Vereinsregister behufs Erwirkung der Rechtsfähigkeit (§§ 21, 55 ff. BGB.) unterlassen, wie so mancher Radlerbund, Ruderklub, Krieger- oder Studentenverein. Die Konkursfähigkeit hat aber auch Bedeutung für das Vorstadium vor der Erwirkung und für das Nachstadium nach Beendigung der Rechtspersönlichkeit. Der § 213 KO. setzt die Konkursfähigkeit voraus. Sie folgt aus § 50 II ZPO. und besteht in dessen Grenzen.

gleich. Rechte (z. B. § 173) und Obliegenheiten eines Gemeinschuldners (z. B. § 100) hat daher der Vorstand wie der Vertreter einer juristischen Person wahrzunehmen. Wie beim Konkurs einer juristischen Person hat der Konkursverwalter rückständige Vereinsbeiträge einzuklagen[1]).

4. Solche Gemeinschaften zur gesamten Hand, denen das Gesetz Parteifähigkeit zuerkennt. So die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft (§§ 124 I, 161 II HGB., §§ 209ff. KO.). Als Träger der Gemeinschuldnerrolle behandelt das Gesetz die persönlich haftenden Teilhaber (vgl. §§ 210, 211)[2]). Dagegen ist die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes (§ 705 BGB.) und dementsprechend auch die stille Gesellschaft (vgl. § 335 HGB.) nicht konkursfähig, wie sie auch beide weder verklagt noch ausgepfändet werden können[3]). Der § 54 BGB. stellt zwar den Verein ohne Rechtsfähigkeit in gewissen Grenzen unter Gesellschaftsrecht, keineswegs aber die Gesellschaft unter Vereinsrecht.

II. Verschieden von der Frage der Konkursfähigkeit ist die Frage nach der Zulässigkeit eines Sonderkonkurses, d. h. eines Konkurses, in dem nur eine Sondermasse des Schuldnervermögens zugunsten einer Sonderklasse seiner Gläubiger aufgeteilt wird. Aus dem Begriffe des Konkurses folgt: ein Sonderkonkurs findet statt, wenn eine bestimmte Gruppe persönlicher Gläubiger vor anderen zum Zugriff auf eine Teilmasse berechtigt ist. Der Sonderkonkurs setzt also Sonderhaftung voraus. Der Konkurs ist eben ein Verfahren zur Haftungsverwirklichung im Zwangswege. Den ausdrücklich geregelten[4]) Hauptfall des Sonderkonkurses bildet der Nachlaßkonkurs (§§ 214ff., vgl. § 236). Hier steht der Erbe nur mit seinem ererbten, nicht mit seinem eigenen Vermögen im Konkurse[5]). Das ererbte haftet den Nachlaßgläubigern im voraus, d. h. unter der Möglichkeit einer Verdrängung des Zugriffs der Eigengläubiger (vgl. § 226). Damit rechtfertigt sich die Zulässigkeit des Sonderkonkurses. Dagegen findet über das Handelsvermögen des Einzelkaufmanns, so scharf es die Buchführung vom Privatvermögen trennt, ein Sonderkonkurs nicht statt. Ebensowenig über eine von mehreren Niederlassungen oder eine von mehreren selbständigen Handelsunternehmungen desselben Einzelkaufmanns. Denn hier überall haftet all sein Vermögen allen seinen Gläubigern auf gleicher Stufe.

III. Die Konkursfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts versteht sich keineswegs von selbst. Ihre Rechts- und Parteifähigkeit allein entscheidet nicht. Denn es fragt sich, ob und inwieweit der Zwang eines zivilprozessualen

---

[1]) Namens des auch insoweit einer juristischen Person gleichbehandelten Vereins: eine ergänzende aktive Parteifähigkeit, die innerhalb des im § 50 II ZPO. bestimmten Zweckes liegt.

[2]) Im Konkurse der Firma (nicht nur im Eigenkonkurs) erleidet der persönlich haftende Gesellschafter den Verlust der Befähigung zum Laienrichteramte (z. B. nach § 32 Nr. 3 mit §§ 84, 109 III GVG. i. F. 22. März 1924; RG. Strafs. 46 S. 78) und die familienrechtlichen Einbußen der §§ 1419, 1647, 1781 Nr. 3 (1886) BGB. (KGJ. 43 S. 35). Er ist für die Abwirtschaftung mitverantwortlich.

[3]) Beachte den Gegensatz zwischen § 736 ZPO. einerseits und § 735 ZPO., § 124 II HGB. andererseits. Auch müßte, wenn die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts selber konkursfähig wäre, im § 728 BGB. vor allem der Gesellschaftskonkurs als Auflösungsgrund aufgeführt sein (vgl. § 131 Nr. 3, 5 HGB.).

[4]) Beispiel eines nicht ausdrücklich geregelten Falles ist der Sonderkonkurs, der nach liquidationsloser Verschmelzung von Aktiengesellschaften zufolge § 306 IV HGB. als Konkurs der Übernehmerin, beschränkt auf das übernommene Vermögen, stattfindet (RG. 84, S. 242).

[5]) Auch der Nachlaß ist Vermögen des Erben und bleibt es trotz der erbrechtlichen Gütersonderung (§§ 1922, 1942, 1960 II, 1975 BGB.). Da diese den Bestand und die prozessuale Bewährung von Rechtsbeziehungen zwischen ererbtem und eigenem Vermögen desselben Rechtsträgers ermöglicht (vgl. §§ 1976ff. BGB.), kann der Erbe im Nachlaßkonkurse zugleich als Gemeinschuldner und als Gläubiger auftreten (§§ 224, 225). Schuldner ist er als Subjekt des Nachlasses, Gläubiger als Subjekt seines Eigenvermögens. Die oben in Note 2 bezeichneten Einbußen erleidet der Erbe nicht schon infolge Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß. An schlechter Wirtschaftsführung des Erblassers trägt der Erbe keine Schuld.

Vollstreckungsverfahrens gegenüber dem öffentlichen Gemeinwesen geübt werden kann. Geleitet von der richtigen Erkenntnis, daß die auf private Schuldner zugeschnittene Ordnung der Zwangsvollstreckung und des Konkurses mit der Stellung und den Aufgaben öffentlicher Gemeinwesen schwer zu vereinbaren und daher durch ein Verwaltungszwangsverfahren zu ersetzen sei, hat das Reichsrecht die ganze Regelung der Geldbeitreibung gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts den Landesgesetzen überlassen (§ 15 Nr. 3 EG. ZPO., Art. IV EG. z. KNov.). In der Vorkriegszeit freilich haben Wohlstand und Ansehen des Reiches, der Gliedstaaten und der Gemeinden die Möglichkeit eines wirtschaftlichen Zusammenbruchs derart in den Hintergrund gedrängt, daß Gesetzgebung und Wissenschaft ihr kaum Beachtung schenkten. Nur vereinzelt haben die Landesgesetze den rechten Weg eingeschlagen und die zivilprozessuale Zwangsvollstreckung wie den Konkurs durch administrative Maßnahmen verdrängt. So namentlich Bayern (Art. 9, 10 AG. ZPO.), das alle „Einmischung der Gerichte" ablehnt, und beschränkter Hessen (Art. 2, 6 AG. ZPO.), das wenigstens den Konkurs der öffentlichen Gemeinwesen ausschließt und die Statthaftigkeit der Zwangsvollstreckung von der vorgängigen Benachrichtigung der zuständigen Verwaltungsstelle und einem Fristablauf abhängig macht. Anderwärts ist der Konkurs entweder nicht ausgeschlossen (so in Preußen, das nach AGO. Teil I Titel 24 § 45 und Anhang § 153 zur Exekution nur das Einvernehmen mit Verwaltungsbehörden fordert) oder geradezu als statthaft anerkannt (so bei politischen Gemeinden, Kirchen- und Schulgemeinden in Sachsen nach § 4 AG. ZPO.). Heute drängt die Finanzlage unserer öffentlichen Gemeinwesen zu gesetzlicher Regelung. Was den Fiskus und die politischen Gemeinden betrifft, so sei folgendes hervorgehoben:

1. Reich und Länder sind einem Konkurs im Sinne der KO. nicht zugänglich. Der finanzwissenschaftliche Begriff „Staatsbankrott" bezeichnet einen Zustand des Unvermögens der Erfüllung öffentlichrechtlicher und bürgerlichrechtlicher Verbindlichkeiten, dessen Lösung von einer Haftungsverwirklichung nach Maßgabe der KO. dem Wesen nach verschieden ist. Gegenüber souveränen Staaten versagt die Möglichkeit eines „Konkurses" im Rechtssinne schon deshalb, weil es an einer rechtlich übergeordneten Gewalt fehlt, die ein solches Verfahren verhängen und durchführen könnte. Eine Regelung, die feindliche Übermacht einem vergewaltigten Staate aufzwingen würde, wäre keine Rechtseinrichtung. Ordnet sich aber ein Land kraft freier Entschließung dergestalt einem höheren Staatswesen ein, daß es sich als dessen Glied einer übergeordneten Befehls- und Zwangsmacht unterwirft, dann ergibt sich zwar die begriffliche Möglichkeit eines Konkurses, ähnlich wie für Gemeinden, Kreise und Provinzen. Diese Möglichkeit müßte aber durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Verfahrens verwirklicht werden, weil die Besonderheit der öffentlichrechtlichen Aufgaben des Landes zu einem anders gar nicht lösbaren Konflikt mit den Grundsätzen der KO. führt. Darum kann auch im heutigen Reiche vom Konkurs eines Gliedstaates keine Rede sein, obwohl die Länder neuerdings viel von ihrer Selbständigkeit aufgeopfert haben.

2. Gemeinden sind, soweit das Landesrecht nicht auf Grund des Art. IV EG. KNov. ihre Konkursfähigkeit verneint, rechtlich einem Zwangsverfahren im Sinne der KO. ausgesetzt. Die tatsächliche Durchführung des Konkurses stößt aber, da auch bei der Gemeinde öffentlichrechtliche Aufgaben im Vordergrunde stehen, die der allgemeinen konkursrechtlichen Behandlung widerstreiten, auf kaum zu überwindende Hindernisse. Einen bemerkenswerten Versuch, wenigstens die nächstliegenden Schwierigkeiten zu beseitigen, hat das sächsische AG. ZPO. (§ 4) unternommen. Es schränkt die Konkurszulässigkeit und darum auch die Konkursantragspflicht (§ 89 II BGB.) durch eine Kombination der Konkursgründe ein und verordnet zugleich, daß durch das zuständige Ministerium „die für die Erfüllung der öffentlichrechtlichen Aufgaben der Gemeinde unentbehrlichen Gegenstände" nach freiem

Ermessen zu bestimmen seien[1]). Wo der Gemeindekonkurs zugelassen wird, erscheint eine Maßregel dieser Art unentbehrlich, weil sonst eine feste Abgrenzung der Konkursmasse nicht zu gewinnen ist. Mit der unsicheren Scheidung zwischen Verwaltungs- und Finanzvermögen der Gemeinden kommt man nicht aus. Auch die sächsische Regelung aber läßt noch erhebliche Zweifel ungelöst, namentlich die Behandlung der unselbständigen Stiftungen und der gemeindlichen Sparkassen. Was letztere betrifft, so ist für die konkursmäßige wie für die administrative Schuldenbereinigung eine Gesetzesvorschrift unerläßlich, die den Gläubigern der Kasse, besonders den Spareinlegern, die gesonderte Haftung des getrennt zu verwaltenden Kassenvermögens gewährleistet.

IV. Wer der deutschen Gerichtsbarkeit entrückt ist, besonders als Exterritorialer im Sinne des § 18 GVG., kann — er mag Ausländer oder Inländer sein — innerhalb des Reiches nicht in Konkurs erklärt werden. Der Vorbehalt des § 7 EG.KO. hat infolge der Einführung freistaatlicher Verfassungen seine Bedeutung verloren.

§ 6.

2. Die rechtliche Stellung des Konkursschuldners.

Der Konkurs verhängt über den Schuldner eine capitis deminutio: die bürgerlichen und die staatsbürgerlichen Rechte des Schuldners erleiden eine starke Herabminderung. Sein Vermögen verfällt einer durch den Konkurszweck gebotenen Verfangenschaft (Konkursbeschlag), die sich in weitgehender Beschränkung seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§§ 6 ff.), aber auch in eigenartiger Beeinflussung seiner schwebenden Vertrags- und Prozeßverhältnisse (§§ 10 ff., 17 ff. KO., § 240 ZPO.) äußert. Zur Erklärung dieser Rechtsfolgen ist die Annahme pfandrechtsartiger Gesamtbelastung der Masse zugunsten der Konkursgläubiger weder erforderlich noch genügend [siehe unten § 10 unter II].

I. Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsmacht.

1. Nach § 6 I entzieht der Konkurs dem Schuldner „die Befugnis" (nicht die „Fähigkeit"), sein zur Konkursmasse gehörendes Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen. Ebendamit verliert er die „Befugnis", Prozesse zu führen, welche die Masse angehen, sowie im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Ansehung von Massegegenständen Anträge zu stellen oder Eintragungen in öffentliche Bücher (Register) zu bewilligen. Nach § 6 II wird das Verwaltungs- und Verfügungsrecht „ausgeübt" durch einen Konkursverwalter. Der Zusammenhang beider Vorschriften ergibt: die „Ausübung" des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes bildet den Inhalt der „Befugnis", die das Gesetz dem Schuldner entzieht und auf den Verwalter überträgt. Der einheitliche Grundgedanke des § 6 geht also dahin: die zur Konkursmasse gehörenden Rechte des Gemeinschuldners werden an dessen Stelle[2]) vom Konkursverwalter ausgeübt. An der Rechtszuständigkeit ändert sich nichts. Nach wie vor hat das konkursbefangene Vermögen im Gemeinschuldner seinen festbestimmten gegenwärtigen Rechtsträger[3]).

[1]) In Österreich findet nach § 15 ExekutO. von 1896 eine Vollstreckung gegen Gemeinden nur in Ansehung von Vermögensgegenständen statt, die ohne Beeinträchtigung der durch die Gemeinden zu wahrenden öffentlichen Interessen zur Gläubigerbefriedigung verwendbar sind. Mit diesem Vorbehalt bejaht die österreichische Lehre die Zulässigkeit eines Konkurses gegen Gemeinden (Bartsch-Pollak, KO. I, S. 28, 1916). Das Problem des Gemeindekonkurses hat im übrigen namentlich für die Schweiz eine Erörterung gefunden in den bei Jaeger, KO.[5], § 213 zu Anm. 2 genannten Schriften.

[2]) Wie der § 17 I für einen besonderen Fall bestimmt, der Konkursverwalter sei ermächtigt, schwebende Gegenseitigkeitsverträge „an Stelle des Gemeinschuldners" zu erfüllen. Vgl. auch § 146 III HGB.

[3]) Er ist und bleibt Subjekt der Massegegenstände (Eigentümer der zur Masse gehörenden Sachen, Gläubiger der zur Masse gehörenden Forderungen usw.). Darüber läßt das Gesetz keinen Zweifel (§ 6 I „sein", § 14 I „das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners").

Die Masse wird nicht selber zum Rechtssubjekt. Von einem Rechtsübergang auf die einzelnen Gläubiger oder auf eine Gläubigerschaft ist keine Rede. Noch weniger wird der Konkursverwalter Träger der zur Masse gehörenden Vermögensgegenstände[1]). In Ansehung eines fremden Vermögens ermächtigt ihn das Gesetz zur Verwaltung und Verfügung im Rahmen des Konkurszweckes. Rechtsgeschäfte, die er „als Verwalter der Konkursmasse N. N.“ abschließt, Rechtsstreitigkeiten, die er in solcher Eigenschaft führt, berechtigen und binden nicht ihn selber, sondern den Masseträger[2]). Insoweit handelt der Konkursverwalter kraft einer gesetzlichen, vom Willen des Schuldners unabhängigen Ermächtigung in fremdem Namen und mit unmittelbarer und ausschließlicher Wirksamkeit für den Masseträger, somit im technischen Sinne als dessen Vertreter (§ 164 BGB.), und zwar als ein ihm aufgenötigter Vertreter, kurz als Zwangsvertreter des Gemeinschuldners. Auch den anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch behandelt das Gesetz (§ 37) aus Zweckmäßigkeitsgründen[3]) als Masseforderung, die der Verwalter in Zwangsvertretung des Masseträgers „ausübt“ (§ 36). In Masseprozessen ist Partei der Masseträger: für und gegen ihn, nicht für und gegen den Verwalter, wirkt das Urteil (und zwar auch über den Konkurs hinaus) Rechtskraft und Vollstreckbarkeit[4]). Die Masse kann der Verwalter nicht vertreten, weil sie kein Rechtssubjekt ist; die Gläubiger nicht, weil diese kein vom Verwalter auszuübendes Recht am Massevermögen haben.

Der Annahme einer privatrechtlichen Vertretungsmacht des Konkursverwalters steht nicht entgegen, daß die KO. (§§ 81, 84, 86) den Kreis seiner Verrichtungen gelegentlich als „Amt“ bezeichnet. Das BGB. redet auch von einem „Amte“ des Vormundes (z. B. § 1885), und doch ist der Vormund gerade der Typus des gesetzlichen Vertreters. Wie die Nachlaßverwaltung bildet die Konkursverwaltung eine besonders geregelte Pflegschaft, eine Vermögenspflegschaft „zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger“ (§ 1975 BGB.), die Pflegschaft selbst aber nur eine

---

[1]) Er hat auch keinerlei persönliches Interesse an der Masse. Schon deshalb ist der Vergleich ganz schief, der zwischen dem Konkursverwalter und zwischen dem das eingebrachte Gut der Frau verwaltenden Ehemann (§§ 1363, 1373ff. BGB.) gezogen wird. Die Nutzverwaltung des Mannes ist ein in seinem Interesse begründetes Recht „am“ eingebrachten Gute, wenn auch nicht im Sinne sachenrechtlicher Einzelbelastung, so doch als familienrechtliche Rechtsmacht an einer Vermögensmasse im ganzen. Verfolgt der Mann nach § 1380 Satz 1 BGB. ein zum eingebrachten Gute gehörendes Recht der Frau, klagt er z. B. eine eingebrachte Forderung der Frau ein, so macht er zwar einen fremden Anspruch geltend, aber kraft eignen Rechts (kraft der Nutzverwaltung), im eignen Interesse und im eignen Namen. Klagt dagegen der Konkursverwalter Außenstände der Masse ein, dann handelt er ausschließlich in fremdem Interesse und in fremdem Namen. Seine Verwaltungsbefugnis ist eine durchaus fremdnützige Rechtsmacht. Darüber zu streiten, ob sie „am“ Schuldnervermögen oder nur „in Ansehung“ desselben besteht, hat keinen Wert, sobald einmal erkannt ist, daß sie weder in sachenrechtlicher Belastung noch in einer der Nutzverwaltung entsprechenden Verfangenschaft einer Vermögensmasse beruht. Sie ist von der gleichen Art wie die Verwaltungsmacht anderer Vermögenspfleger. Siehe unten § 12 V.

[2]) Schafft z. B. der Konkursverwalter, um den Grundbesitz des Gemeinschuldners vorteilhaft abzurunden, eine Liegenschaft für die Masse an (§ 134 Nr. 2), so wird durch den von ihm abgeschlossenen Kaufvertrag der Gemeinschuldner (nicht der Verwalter) als Käufer berechtigt und mit der Folge des § 59 Nr. 1 verpflichtet, durch Auflassung und Eintragung der Gemeinschuldner Eigentümer. Auf seinen Namen, nicht auf „die Konkursmasse“ und vollends nicht auf den Konkursverwalter, hat der Bucheintrag nach ständiger Rechtsprechung (z. B. LZ. 1907, 604) zu lauten. Nur ist der Konkursvermerk (§ 113) beizufügen.

[3]) Wohl gestattet der Wortlaut des § 37 auch eine andere Auslegung, aber die Bedürfnisse der Praxis drängen dazu, den Konkursanfechtungsanspruch selber als Massebestandteil zu betrachten, den der Verwalter wie noch unveräußerte Masserechte in Zwangsvertretung des Masseträgers auszuüben hat. Denn nur so gelangt man zu einer einheitlichen Behandlung. Beispielsweise würde in dem wichtigen Falle, daß der Verwalter eine Vermögensentäußerung zunächst unter dem Gesichtspunkte der Simulation bekämpft hat, der Beweisschwierigkeit halber aber zum Rückgewähranspruche des § 37 übergegangen ist, ein Parteiwechsel vorliegen, falls der Verwalter diesen Anspruch als Gläubigerrecht in Vertretung der Gläubiger geltend zu machen hätte. Näheres JAEGER, KO.[5], § 6 Anm. 15, § 36 Anm. 4.

[4]) Siehe unten § 8 unter I.

Unterart der Vormundschaft (§ 1915 BGB.). Keineswegs bekleidet der Konkursverwalter ein Staatsamt. Er handelt nicht als „Staatsorgan", wie eine vom RG. 29, S. 36 ausgehende[1]), in der Praxis vorherrschende und jeden Vertretungsgedanken verwerfende Ansicht behauptet. Diese Auffassung steht nicht nur in schroffstem Widerspruche zu dem unser Konkurssystem beherrschenden Grundsatz der Selbstverwaltung [oben § 2 unter I]. Sie verkennt überdies, daß der Verwalter als Staatsorgan ebenfalls Vertreter, nämlich ein Vertreter des Staates, sein würde. Auch die Praxis muß übrigens zugeben, daß der Konkursverwalter keine staatliche Zwangsgewalt hat und kein Beamter im Sinne des StGB. ist[2]). Er wirkt im Privatinteresse. Sein Amt ist ein Privatamt. Er hat, wie RG. Strafs. 19, S. 86 treffend sagt, „nicht öffentlichrechtliche Funktionen auszuüben, sondern Privatinteressen wahrzunehmen[3])".

Freilich erschöpft die Vertretungstätigkeit des Konkursverwalters seinen Amtsbereich nicht. Es sind ihm zur Erfüllung seiner Aufgaben auch Eigenbefugnisse verliehen, Pflichtrechte, in deren Wahrnehmung er niemanden vertritt. Hier handelt es sich um Verrichtungen, die nur um des besonderen Zweckes dieser Güterpflege willen vorgesehen sind. Dahin gehört die Befugnis, Auskunft vom Schuldner zu verlangen, seine Zwangsvorführung, seine Verhaftung, seinen Offenbarungseid zu erwirken (§§ 100, 101, 125) oder seine Briefe zu öffnen (§ 121 I 2). Von einer Vertretung des Schuldners durch den Verwalter kann in solchen Fällen ebensowenig die Rede sein als von einer Vertretung des Mündels durch den Vormund, wenn dieser etwa die Zwangserziehung des Mündels erwirkt (§ 1838 BGB.).

Zusammenfassend haben wir zu sagen: Soweit der Konkursverwalter seine gesetzliche Verwaltungs- und Verfügungsmacht in Ansehung der Konkursmasse ausübt, handelt er als Zwangsvertreter des Masseträgers. Insoweit vertritt er den Gemeinschuldner als solchen. Er vertritt ihn nicht in seiner Gesamtpersönlichkeit, sondern nur als Subjekt des konkursbefangenen Sondervermögens.

---

[1]) Daß wir materiellrechtlich nur unter Zuhilfenahme des Vertretungsbegriffes zu angemessenen und zwanglosen Konstruktionen gelangen, da die Willenserklärungen des Verwalters unmittelbar und ausschließlich für und gegen die Masse wirken, die doch Vermögen des Gemeinschuldners bleibt, das läßt sich ernsthaft gar nicht bestreiten. Das erkennt gerade auch das RG. a. a. O. S. 30 mit aller Bestimmtheit an: „Man mag die Stellung des Verwalters konstruieren wie man will, ohne den Grundsatz ist nicht auszukommen, daß die Handlungen des Konkursverwalters für den Gemeinschuldner bindend sein müssen. In diesem Sinne kann auch nicht bestritten werden, daß der Konkursverwalter den Gemeinschuldner vertrete." Nur für die Anwendung des Prozeßgesetzes hat das Urteil andere Wege gehen zu müssen geglaubt, und zwar um eines bestimmten Einzelergebnisses willen. Damals wurde allgemein gelehrt, Zeuge könne nur sein, wer nicht Partei sei. Statt diesen jeder positiven Grundlage ermangelnden Satz auf seine Richtigkeit nachzuprüfen, bewegt sich das Urteil etwa in folgendem Gedankengange: Die Bedürfnisse des Lebens fordern, daß der Gemeinschuldner, der über seine Angelegenheiten selbst am besten unterrichtet sein wird, in Masseprozessen des Verwalters als Zeuge vernommen werden kann; verträte nun aber hier der Verwalter den Gemeinschuldner, dann würde letzterer die Partei und sonach zeugnisunfähig sein; also muß angenommen werden, daß der Gemeinschuldner nicht Partei des Masseprozesses ist. So gelangte das Urteil dahin, für den Prozeß seine Zuflucht zu einer Lehre zu nehmen, die jede Vertreterstellung des Verwalters leugnet und ihn selber als „Partei kraft Amtes" behandelt, obwohl er in Masseprozessen weder eigne Rechte oder Pflichten wahrnimmt noch im eignen Interesse noch eignen Namens tätig wird. Dieses Zerrgebilde versagt überall, wo es gilt, Prozeßrechtssätze anzuwenden, die nur für die Partei und nicht etwa zugleich für gesetzliche Vertreter gelten. In Wahrheit müssen Zeugnisfähigkeit und Parteieidesfähigkeit einander ergänzen, wenn unser Beweissystem lückenlos sein soll: nicht die Partei, sondern der Parteieidesfähige ist zeugnisunfähig. Siehe dazu § 8 unter I.

[2]) Also z. B. nicht im Sinne der §§ 33, 34, 113, 331, 340, 350 StGB., aber auch nicht Beamter im Sinne des Art. 131 RV. (Art. 77 EGBGB.) und der Zuständigkeitsvorschrift des § 71 III GVG. i. F. v. 22. März 1924 (RGBl. I 299). Siehe unten § 12 IV.

[3]) Gerade der 5. Zivilsenat des RG., derselbe, der das in Note 1 besprochene Urteil Bd. 29 S. 29 fällte, hat später Bd. 53, S. 352, nachdrücklich betont: der Verwalter vertrete kraft seines Amtes vor allem den Gemeinschuldner (vgl. auch RG. LZ. 1912, 559).

Über die Rechtsstellung des Konkursverwalters wird seit Jahrzehnten lebhaft gestritten. Unleugbar hat der Meinungskampf befruchtend auf die Wissenschaft des bürgerlichen Rechts (besonders die Vertretungslehre) und des Prozeßrechts (besonders die Parteilehre) eingewirkt. Eine Stellungnahme zum Streit ist unerläßlich, weil von ihr die sichere Anwendung wichtiger Vorschriften des materiellen und des formellen Rechts abhängt. Belanglos ist also die Frage keineswegs. Ihre Tragweite mag überschätzt worden sein; aber es trifft gewiß nicht zu, wenn Anhänger der „soziologischen Rechtsfindungsmethode" meinen, der ganze Streit verdanke seine Entstehung nur einem krankhaften Drange zum Konstruieren. Einer der eifrigsten Vorkämpfer der Freirechtsschule und einer unserer scharfsinnigsten Praktiker, James Breit, möchte die Kontroverse als vollkommen bedeutungslos „der juristischen Rumpelkammer überweisen" (JurW. 1916, S. 1077ff.). Er geht davon aus, daß Willenserklärungen des Konkursverwalters als solchen für und gegen die Masse wirken, daß daher insoweit der Verwalter „ruhig als Vertreter des Gemeinschuldners bezeichnet werden könne[1]". Diese Vertretung sei aber nur „das formale Mittel", die Gläubigerinteressen zu wahren und die Gläubigerrechte zu verwirklichen. „Nicht um des Schuldners, sondern um der Gläubiger willen sei der Konkursverwalter da." „Die Interesselosigkeit des Schuldners" werde von der Lehre der Schuldnervertretung verkannt. Die Behauptung, daß es zugleich im objektiv gewürdigten Interesse eines redlichen Schuldners liege[2], wenn sein Vermögen zwangsweise versilbert und zur Schuldenbereinigung verwendet werde, sei nicht als „wissenschaftliche Erkenntnis", sondern „im günstigsten Falle als ein schlechter Witz" zu werten.

Es hat keinen Wert, darüber zu rechten, ob es wirklich wahr ist, daß die Befriedigung der Gläubiger nicht auch im Interesse des Schuldners liegt. Denn für unsere Frage kommt es weit weniger auf den Gesamtzweck des Verfahrens, als auf den einzelnen Verwaltungsakt an. Darum handelt es sich, ob der Konkursverwalter das Schuldnerinteresse zu wahren oder mindestens mitzuwahren hat, wenn er einen zur Masse gehörenden Gegenstand veräußert oder einklagt, wenn er ein behauptetes Konkursgläubigerrecht im Prüfungstermin und im Feststellungsprozesse bekämpft, wenn er die behauptete Belastung eines Massegegenstandes bestreitet[3]. Um des Schuldners Rechte und Pflichten geht es hier, und es sollte nicht um sein Interesse gehen? Der Konkursverwalter sollte nicht dem Schuldner als „Beteiligtem" (Interessenten) haftbar werden (§ 82), wenn die Veräußerung eine schuldhafte Verschleuderung, die Prozeßniederlage Folge schuldhafter Säumnis des Verwalters ist? Allerdings gilt es, bei der Anwendung jedes auf gesetzliche Vertretung abgestellten Rechtssatzes zu prüfen, inwieweit er auf die besonders geartete Zwangsvertretung unseres Falles paßt. Dabei müssen die Interessen der Gläubiger gebührend berücksichtigt werden. Kein verständiger Anhänger der „konstruktiven Methode" hat die Notwendigkeit solcher Interessenabwägung jemals bestritten. Wird dieses Gebot beachtet, dann ergeben sich durchaus angemessene Schlüsse, ohne daß dem Gesetze Gewalt angetan zu werden braucht.

Als eine besonders abschreckende Folgerung der Lehre von der Schuldnervertretung wird es bezeichnet, daß von ihrem Standpunkt aus der Konkursverwalter ein Massegrundstück nicht an sich selber freihändig veräußern oder es doch auf solche Weise, falls Verstöße wegen § 181 BGB. auch in Fällen der Zwangsvertretung durch Genehmigung des Vertretenen heilen, nur mit dem Willen des Gemeinschuldners erwerben könne. Letzternfalls sei „zustimmungsberechtigt eine Person, die in 99 von 100 Fällen vollständig uninteressiert (!) an dem Vorgange ist, und nicht genehmigungsberechtigt diejenige Gemeinschaft, deren Interessen in Wahrheit allein auf dem Spiele stehen". Nun wird doch aber offenbar das gemeinsame Interesse der Gläubiger durch das Genehmigungserfordernis des § 134 Nr. 1 KO. ausreichend gewahrt, da der Verwalter pflichtwidrig handelte, wenn er bei Einholung des Konsenses die Absicht, selber zu erwerben, verschweigen würde. Anderseits kann der Verwalter zweifellos das Massegrundstück unabhängig vom Willen des Gesamtschuldners erstehen, wenn die Veräußerung in den Formen der Zwangsvollstreckung (§ 126 KO., §§ 172ff. ZVG.) oder doch als öffentliche Versteigerung durch einen dritten Versteigerer (z. B. einen vom Verwalter betrauten Notar) bewirkt wird, sich also unter

[1] Kann die Wirkung auch anders als unter dem Gesichtspunkt einer Vertretung (dahingestellt, wessen) erklärt werden? Besondere Gesetzesvorschriften (etwa nach Art der §§ 815 III, 819 ZPO.) fehlen. Welche allgemeinen Rechtssätze aber, wenn nicht die der Stellvertretung, sollten das Ergebnis sichern?

[2] Von diesem Gedanken ist (wie die Begründung zum § 5 des Entwurfs ergibt) der Redaktor des Gesetzes ausgegangen. Er hat unzweifelhaft die grundlegenden Vorschriften unter dem Gesichtspunkte der Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter abgefaßt.

[3] „Am klarsten", heißt es a. a. O. S. 1081, N. 12, „trete die Interesselosigkeit des Gemeinschuldners beim Nachlaßkonkurs zutage. Er setze Überschuldung voraus (§ 215). Die gesamte Masse diene also der Befriedigung der Konkursgläubiger." Und gebührt ein Überschuß, der hier, wo die Konkurseröffnung mit Rücksicht auf die strenge Antragspflicht (§§ 1980, 1985 BGB.) oftmals überstürzt wird, gar keine Seltenheit bildet, nicht ganz wie sonst dem Gemeinschuldnererben? Ist dieser nicht wie sonst auch Träger der konkursbefangenen Rechte und Pflichten? Schützt die ganze Einrichtung des Nachlaßkonkurses nicht vornehmlich oder mindestens gleichzeitig den Erben (§ 1975 BGB.)?

besonderen Garantien vollzieht[1]). Daß der Verwalter auch persönlich aus freier Hand an sich selbst veräußern könne, ist minder unbedenklich. Es hat guten Sinn, wenn hier das Verbot des § 181 BGB. einsetzt. Löst aber seine Verletzung auch in Fällen gesetzlicher Vertretung nur eine durch Zustimmung des Vertretenen heilende Unwirksamkeit aus (so mit Recht BREIT, a. a. O., S. 1071 gegen JAEGER, KO.[4], § 126 Anm. 3), dann darf getrost auch die Folgerung gezogen werden, daß die Entscheidung beim Gemeinschuldner steht. Er ist als Eigentümer des Grundstücks unleugbar der nächste Beteiligte und wird, da der Aufwand einer kostspieligeren Verwertungsart doch immer wieder ihm selbst zur Last fällt, es aus eigenem Interesse nicht ohne triftigen Grund auf eine solche ankommen lassen[2]).

2. An die Entziehung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§ 6) knüpft das Gesetz als Folge die Regel, daß „Rechtshandlungen", die der Gemeinschuldner während des Konkurses vornimmt, „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind" (§ 7).

a) Unwirksam sind „Rechtshandlungen" im weiten Sinne des Wortes[3]) (namentlich rechtsgeschäftliche Verfügungen, sie mögen auf Übertragung, Belastung, Aufhebung oder inhaltliche Veränderung von Rechten gerichtet sein, aber — wie Zweck und Zusammenhang des Gesetzes ergeben — nur solche, die in aktiver oder passiver Beziehung zur Konkursmasse stehen. Rechtshandlungen des Schuldners, die nur das konkursfreie Vermögen treffen (wie die Verfügung über unpfändbare oder neuerworbene Gegenstände, mag sie auch in irriger Annahme der Massezugehörigkeit erfolgen) oder überhaupt nicht auf vermögensrechtlichem Gebiete liegen (wie Eheschließung, Annahme an Kindesstatt) sind vollwirksam[4]).

---

[1]) Hier wie dort kann der Verwalter das Grundstück für sich persönlich oder für die Masse (§ 134 Nr. 2 KO.) erstehen. Beides gestatten die §§ 456, 457 BGB., die für ihren Sonderbereich den § 181 BGB. ausschalten.

[2]) Wie bedenklich es ist, um eines erwünschten Einzelergebnisses willen den sicheren Weg der Vertretungslehre zu verlassen, das zeigt die gerade von Freirechtlern scharf und mit Fug bekämpfte Entscheidung des RG. Bd. 99 S. 161ff. (Kupferkonkurs). Sie versteigt sich zu der Behauptung: der Rückforderungsausschluß des § 817 Satz 2 BGB. gelte, wenn der nachmalige Gemeinschuldner durch seine Leistung ebenso wie der Empfänger durch deren Annahme gegen die guten Sitten verstoßen habe, zwar außerhalb des Konkurses gegenüber einer Rückforderungsklage des Leistenden selbst, nicht aber im Konkurse gegenüber der Rückforderungsklage seines Verwalters. Dazu fehle „der innere Grund", da dem Verwalter persönlich „irgendein Sittenverstoß nicht zur Last gelegt werden könne". Als ob der Verwalter hier eine über den § 6 KO. hinausgehende Macht hätte! Er kann nichts weiter als den Anspruch des Leistenden so, wie er diesem zusteht, „ausüben". Die Begründung träfe auch auf den Vormund des nach der Leistung entmündigten Verschwenders zu. Und wie, wenn der Rückgewähranspruch schon vor dem Konkurse vom Leistenden erhoben, nach Konkursbeginn aber vom Verwalter weiterverfolgt wird (§ 10) oder umgekehrt der Verwalter die Klage erhebt, der Schuldner sie nach dem Konkurse fortführt? Verbleibt, wenn nach Durchführung des Anspruchs der Konkurs gemäß § 202 eingestellt wird, die zurückgewährte Leistung dem bisherigen Gemeinschuldner oder kann sie ihm nun etwa der Gegner wieder abstreiten? Zwanglos lösen sich alle Zweifel unter dem Gesichtspunkt der Vertretung. Steht dem Leistenden selbst der § 817 Satz 2 BGB. entgegen, dann auch seinem späteren gesetzlichen Vertreter, dem Konkursverwalter wie dem Verschwendervormund. Wäre nach § 817 Satz 2 BGB. dem Wucherer die Rückforderung der hingegebenen Darlehnssumme verwehrt (was freilich zu verneinen sein dürfte), dann würde auch die Rückforderungsklage seines Konkursverwalters als unbegründet abzuweisen sein.

[3]) Solche, die der Schuldner persönlich vornimmt, wie solche, die er durch eine von ihm bevollmächtigte Person vornehmen läßt; desgleichen Rechtshandlungen seines allgemeinen, für den Massebereich durch den Konkursverwalter verdrängten gesetzlichen Vertreters (z. B. Vormunds, Vereinsvorstandes).

[4]) Durch die Wiederverheiratung der im Konkurse stehenden Witwe erlischt ein ihr unter der auflösenden Bedingung der Wiederverheiratung vermachter Nießbrauch am Nachlasse des Mannes auch zum Schaden ihrer Konkursmasse, die bisher den Nießbrauch ausnutzen durfte (§ 1 KO. mit § 857 III ZPO., §§ 1059 Satz 2, 1068 II BGB.). Denn die Nutzbarkeit gehörte von vornherein nur unter der Bedingungsschranke zur Masse. Bedenklich RG. 36 S. 126. Auch ein dem nachmaligen Gemeinschuldner unter der auflösenden Bedingung eines Glaubenswechsels vermachtes Vermögensstück würde (entgegen einer Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs, BARTSCH-POLLAK, a. a. O., § 3 Anm. 5), wenn ein solches Vermächtnis wirksam wäre, der Masse beim Glaubenswechsel des Gemeinschuldners verloren gehen. Nach unserem Rechte sind so bedingte Vermächtnisse nichtig (§ 138 BGB.; vgl. RG. JurW. 1913, S. 1100).

Die Geschäftsfähigkeit wird einem bis dahin geschäftsfähigen Schuldner durch den Konkurs nicht — auch nicht teilweise — entzogen. Deshalb bleibt er auch befähigt, „sich" (seine Person) durch Eingehung neuer und darum zwar im Konkurse selbst nicht mehr verfolgbarer (§ 3), aber doch von vornherein wirksamer Verbindlichkeiten zu verpflichten (z. B. durch Darlehnsaufnahmen, Kauf, Wechsel)[1]). Nach ausdrücklicher Vorschrift bleibt auch die Annahme oder Ausschlagung einer schon vor dem Konkurs angefallenen Erbschaft dem Gemeinschuldner persönlich überlassen. Das mit Rücksicht auf die Unvollkommenheit des ausschlagbaren Erwerbs und aus Billigkeitsgründen[2]). Nimmt der Schuldner an, so gehört die Erbschaft zur Masse. Schlägt er aus, so wird rückwirkend sein Nachmann Erbe. Eine Ausschlagung unterliegt weder dem § 7 noch (bei Erklärung vor dem Konkurse) den §§ 29ff. Gleiches gilt für Vermächtnisse und für die Fortsetzung einer Gütergemeinschaft. § 9.

b) Nur „den Konkursgläubigern gegenüber" versagt das Gesetz (§ 7 I) den die Masse betreffenden Rechtshandlungen des Gemeinschuldners die Wirksamkeit. Was diese „Relativität" bedeuten soll, ist streitig. Sie bedeutet nicht, daß die Rechtsfolge der Handlung (z. B. die Übereignung) zwar im Verhältnisse zu den Konkursgläubigern ausbleibe, im Verhältnisse zu anderen Personen aber eintrete. Auch nicht, daß sie nur von Konkursgläubigern oder doch nur für sie vom Konkursverwalter gerügt werden könne. Vielmehr besteht die Unwirksamkeit im Verhältnis zu jedermann, aber nur zu dem Zwecke, die nach § 3 zur gemeinsamen Befriedigung der Konkursgläubiger bestimmte Masse zu erhalten. Im einheitlichen Interesse der Konkursgläubiger kann daher jedermann die Unwirksamkeit geltend machen. So freilich vor allem kraft seiner Aufgabe (§ 117) der Konkursverwalter [siehe unter c]. So auch ein einzelner Konkursgläubiger, indem er z. B. zugunsten der Gläubigergesamtheit im Prüfungstermin eine nach § 7 unwirksame Forderungsanerkennung beanstandet. So aber auch irgendein Dritter, z. B. der Finder einer vom Gemeinschuldner veräußerten Massesache gegenüber dem Käufer, der sie nach Empfang vom Gemeinschuldner verloren hatte; der Drittschuldner gegenüber dem Zessionar, an den der Gemeinschuldner seine zur Masse gehörende Forderung abgetreten hatte[3]). Das Grundbuchamt hat die Unwirksamkeit einer durch den Gemeinschuldner erklärten Eintragungsbewilligung auch ohne Rüge eines Beteiligten zu beachten[4]). Die eigenartige Beschränkung der Unwirksamkeit des § 7 äußert sich in einer doppelten Möglichkeit der Heilung (keine relative „Nichtigkeit"). Da nämlich die Unwirksamkeit nur zugunsten der gemeinschaftlichen Befriedigungsmasse besteht, kann vor allem der Konkursverwalter kraft seiner Masseverfügungsmacht (§ 6 II) durch Genehmigung verbotswidrigen Verfügungen des Gemeinschuldners über Massegegenstände nach rückwärts die

[1]) Wenn der Gemeinschuldner sich erst während des Verfahrens durch Aufnahme eines Darlehens, durch Einkäufe oder durch Wechselzeichnung persönlich verpflichtet, steht der Gläubiger als Neugläubiger außerhalb des Konkurses (§ 3). Gleiches gilt für seine Verpflichtung, über Gegenstände der Masse zu verfügen, wie z. B. für den Verkauf einer Massesache. Im Hinblick auf eine demnächst zu erwartende Konkursbeendigung, die dem Schuldner die freie Verfügung über die Masse zurückgibt (§§ 192, 206), können aber auch Schuldverträge über Massegegenstände guten Sinn haben. Wegen der Prozeßfähigkeit des Gemeinschuldners siehe unten S. 28.

[2]) Siehe RG. Bd. 54 S. 289, Bd. 67 S. 431. Der Erwerb stellt, wenn er sich auch von Rechts wegen vollzieht, solange der Berufene ihm rückwirkend entsagen kann, nur einen vorläufigen Vermögenszuwachs dar. Die endgültige Wahl zwischen Annahme und Ausschlagung ist aber keineswegs nur eine Geldfrage, bei deren Lösung Rücksichten auf die Gläubiger des Berufenen entscheidend wären.

[3]) RG. LZ. 1913, Sp. 398, Nr. 5; Bd. 83, S. 198. Der gutgläubig zahlende Drittschuldner genießt einen dem § 8 entsprechenden Schutz; derjenige aber, der an den Zessionar des Gemeinschuldners leistet, obschon er weiß, daß dieser erst während des Konkurses zediert hatte, muß abermals zur Masse leisten.

[4]) Siehe den Text Seite 18f. unter 4. Wegen des Versäumnisverfahrens siehe Seite 17 Note 4.

volle und endgültige Wirksamkeit verschaffen[1]). Solche Verfügungen erstarken aber ferner von selbst, wenn auch nur für die Zukunft, zur Vollwirksamkeit, wenn der Verfügungsgegenstand infolge Konkursbeendigung, also wegen Erlöschens der geschützten Interessengemeinschaft, in die freie Dispositionsgewalt des bisherigen Gemeinschuldners zurückkehrt[2]).

c) Die verbotswidrige Rechtshandlung ist „unwirksam", sie ist nicht etwa nur anfechtbar. Von vornherein also ermangelt sie der Wirksamkeit, einerlei, ob sie im Ergebnis der Masse zum Vorteil oder zum Nachteil gereicht. Daher kann z. B. der Verwalter, wenn der Gemeinschuldner eigenmächtig über eine zur Masse gehörende persönliche Forderung verfügt hatte, diese Forderung so für Rechnung der Masse geltend machen, als ob die Verfügung (Abtretung, Verpfändung, Aufrechnung, Erlassung, Stundung) nicht erfolgt wäre[3]). So kann der Verwalter ferner eine vom Schuldner während des Konkurses veräußerte Sache unmittelbar nach § 985 BGB. für die Konkursmasse in Anspruch nehmen und dementsprechend aus der Masse des selbst in Konkurs verfallenen Erwerbers nach § 43 KO. aussondern oder dem Einzelzugriffe seiner Gläubiger durch Widerspruch nach § 771 ZPO. entziehen[4]). Ob und inwieweit der Geschäftsgenosse des Schuldners bei Unmöglichkeit der Rückgewähr Schadensersatz zur Masse zu leisten hat, bestimmt sich nach allgemeinem bürgerlichen Rechte (vgl. z. B. §§ 989, 990 BGB.). Soweit die Konkursmasse selbst durch die Gegenleistung bereichert ist, muß diese dem andern Teil voll erstattet werden (§ 7 II mit § 59 Nr. 3).

d) Dem Geschäftsgenossen des Schuldners wird in der Regel auch bei Unkenntnis des Konkurses kein Schutz gewährt.

Ausnahmen:

α) Der öffentliche Glaube des Grundbuchs deckt den Mangel der Verfügungsbefugnis (nicht der Geschäftsfähigkeit) des Gemeinschuldners (§ 7 I Halbs. 2). Ein in Unkenntnis der noch nicht verbuchten Verfügungsbeschränkung erfolgter rechtsgeschäftlicher Erwerb von Buchrechten (z. B. des Eigentums an einem eingetragenen Massegrundstück) ist daher auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam. § 892 BGB. Ebenso die gutgläubige Leistung an den nach Inhalt des Grundbuchs noch zur Empfangnahme befugten Gemeinschuldner, statt an den Konkursverwalter. So die Entrichtung von Hypothekenzinsen an jenen. Endlich bei entsprechender Lage anderweite Verfügungen über Buchrechte, wie die vom Gemeinschuldner ausgehende oder an ihn gerichtete Kündigung oder die Aufgabe einer Belastung (z. B. erkaufter Verzicht auf eine eingetragene Grunddienst-

[1]) Das folgt aus § 185 II mit §§ 182, 184 BGB. Denn die im § 185 II vorgesehene Konvaleszenz muß erst recht gelten für Verfügungen eines Berechtigten (z. B. Eigentümers), dem nur die Verfügungsbefugnis fehlt. Hier kommen namentlich Veräußerungen in Betracht, die für die Masse vorteilhaft sind, etwa solche, die der redliche Gemeinschuldner im offenen Laden noch nach der Eröffnungsstunde vorgenommen hat. Siehe den Text unter 3. Verfügt der Gemeinschuldner mit Einwilligung des Verwalters, dann ist die Verfügung von vornherein wirksam (arg. § 185 I mit § 183 BGB.).

[2]) Wenn Verfügungen eines Nichtberechtigten konvaleszieren, sobald er den Gegenstand (z. B. die Sache selbst, ihr Eigentum) erwirbt (§ 185 II BGB.), müssen erst recht Verfügungen eines Berechtigten erstarken, der die Verfügungsbefugnis wiedererlangt. Dieser Fall der Heilung wird besonders in Fällen der §§ 192, 206 bedeutsam.

[3]) Die Forderung bleibt, der Verfügung unerachtet, als Massebestandteil in voller Kraft. Das ist der Zweck und der Sinn der im § 7 verordneten Unwirksamkeit. Darin erschöpft sie sich. Besteht die verbotswidrige Verfügung des Gemeinschuldners in der Einziehung einer zur Masse gehörenden Forderung oder hat er über eine hypothekgesicherte Forderung verfügt, dann greift möglicherweise der im Text unter d) dargelegte Verkehrsschutz ein.

[4]) Zahlungen, die der Gemeinschuldner mit Massegeldern einem einzelnen Konkursgläubiger geleistet hat, muß dieser zur Masse erstatten, ohne eine Zurückbehaltungs- oder Aufrechnungsbefugnis zu haben. Wer einen auf verbotswidrige Verfügung des Gemeinschuldners gestützten Erwerb im Prozesse gegen den Verwalter verfolgt, ist auch bei dessen Ausbleiben mit der Klage abzuweisen, sofern der Sachvortrag des Klägers die Rechtsfolge des § 7 I (Halbsatz 1) ergibt. § 331 II (Halbsatz 2) ZPO.

barkeit). § 893 BGB. Der hiernach an sich wirksame Akt unterliegt jedoch unter entsprechenden Voraussetzungen (§§ 29ff.) wie eine Rechtshandlung aus der Zeit vor dem Konkurse der Gläubigeranfechtung (§ 42). So z. B. als unentgeltliche Verfügung (§ 32).

Bei Fahrnis genießt der unmittelbare Erwerber den Verkehrsschutz nicht. Die Unterscheidung wird ab und zu bekämpft. Sie erweist sich aber als gerechtfertigt. Denn erfahrungsgemäß ist vornehmlich das bewegliche Vermögen der Gefahr verbotswidriger Eingriffe des Gemeinschuldners ausgesetzt, gerade hier aber fehlt die Möglichkeit, durch eine dem Grundbuchvermerk entsprechende Verlautbarung den Verkehrsschutz alsbald auszuschalten. So hat es guten Sinn, die Rücksichten auf den einzelnen Geschäftsgenossen des Gemeinschuldners hinter denen auf die Gesamtheit seiner Gläubiger zurücktreten zu lassen. Erst der gutgläubige Dritterwerber wird geschützt (z. B. auf Grund der §§ 932, 936, 1032, 1207f. BGB.)[1].

β) Abgesehen vom Buchverkehr kommt einer in Unkenntnis des Konkurses bewirkten Leistung an den Gemeinschuldner befreiende Wirkung auch „gegenüber den Konkursgläubigern" zu. Die Beweislast ist dabei verschieden geregelt, je nachdem die Leistung vor oder nach der ersten Konkursbekanntmachung (§§ 76, 111) erfolgte. Vorher wird die Unkenntnis, nachher die Kenntnis des Konkurses vermutet (§ 8).

3. Die mit dem Konkurse verknüpfte Verfügungsbeschränkung beginnt sofort zu der im Konkurseröffnungsbeschluß anzugebenden Eröffnungszeit (§§ 6, 108), nicht erst mit der Bekanntmachung, Zustellung oder Rechtskraft dieses Beschlusses [Gegensatz: unten II 2]. Rechtshandlungen am Eröffnungstage gelten als nach Konkursbeginn erfolgt. Diese Vermutung rechtfertigt sich durch den Verdacht, der allen am Eröffnungstage vorgenommenen Schuldnerhandlungen anhaftet. Sie ist aber frei widerlegbar (§ 7 III KO., § 292 ZPO.).

Die Verfügungsbeschränkung kann zum Schutze der künftigen Konkursgläubiger vorweg genommen werden, und zwar dadurch, daß das um Konkurseröffnung angerufene Konkursgericht ein **allgemeines Veräußerungsverbot** an den Schuldner erläßt (§ 106 I 3). Verbotswidrige Verfügungen (mit Einschluß der Zwangsverfügungen) sind unwirksam, aber die Unwirksamkeit besteht nur zum Schutze der künftigen Konkursmasse (§ 136 mit § 135 I BGB.).

Hier wird der gute Glaube des anderen Teiles geschützt, ohne daß sich der Schutz auf den Grundbuchverkehr beschränkt (§ 136 mit § 135 II BGB.). Darum ist besonders der redliche Erwerb dessen, an den der Schuldner eine bewegliche Sache übereignet oder verpfändet oder einen Wechsel indossiert, vorbehaltlich einer Gläubigeranfechtung (§§ 29—41 KO.), auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam (§§ 932ff., 1207 BGB., Art. 74, 82 WO.). Die Beweislast für die Kenntnis des Verbots trägt der Verwalter. Kommt es zum Konkurse, so geht das Veräußerungsverbot im Konkursbeschlag (§§ 6, 7) auf. Weist dagegen das Gericht den Eröffnungsantrag ab, so muß es zugleich das Verbot aufheben (§ 106 II).

4. Soweit das Konkursgericht von Buchrechten des Schuldners Kenntnis hat, muß es das Grundbuchamt ersuchen, den Konkursvermerk (desgleichen schon ein Veräußerungsverbot) einzutragen, damit eine Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausgeschlossen wird. Der Eintrag (Verlautbarung einer „Verfügungsbeschränkung" im Sinne des § 892 I 2 BGB.) wirkt nach § 3 Satz 2

---

[1]) Dem steht der § 15 KO. seinem beschränkten Zwecke nach nicht entgegen. Es läßt sich auch nicht behaupten, jede unbefugte Besitzübertragung durch den Gemeinschuldner bedeute ein „Abhandenkommen", das zur Anwendung des § 935 BGB. führe. Erst wenn der Verwalter den Besitz der Sache erlangt hat (von Rechts wegen erwirbt er ihn nicht), kann sie ihm „abhanden kommen". Auch durch Handlungen des Gemeinschuldners, obwohl dieser selbst der Eigentümer ist. Das entspricht dem Gesetzeszweck.

GBO. jeweils nur für das einzelne Grundbuchblatt und hat darum in allen Grundbüchern und auf jedem Blatte zu erfolgen, auf dem Eigentum oder ein begrenztes Recht (z. B. eine Hypothek) des Schuldners verbucht ist. Bei begrenzten Rechten ist der Konkursvermerk entbehrlich, wenn die Masse ohnehin schon (etwa durch Briefbesitz) ausreichend geschützt erscheint. §§ 113—115 KO., § 39 GBO. Fortab muß das Grundbuchamt jeden ein Masserecht treffenden und auf eine Bewilligung des Gemeinschludners gestützten Eintragungsantrag von Amts wegen zurückweisen[1]).

II. Die sonstigen Beschränkungen eines Gemeinschuldners.

1. Die Durchführung des Verfahrens bürdet dem Gemeinschuldner eine Reihe persönlicher Beschränkungen auf. Dahin gehören namentlich die Auskunftspflicht (§§ 100, 125 KO. mit §§ 807, 900ff., 497 ZPO.), der Wohnortszwang (§ 101 I), die Sicherheitshaft (§ 101 II, vgl. § 106) und die Postsperre (§ 121). Im Konkurse des Mündels muß sich der Vormund, im Konkurse der juristischen Person das verfassungsgemäß berufene Organ als gesetzlicher Vertreter die Beschränkungen gefallen lassen, die im Interesse zweckentsprechender Konkurserledigung nicht zu entbehren sind.

2. Eine weitgehende Rechtsminderung erleidet der Gemeinschuldner auf familienrechtlichem Gebiete. Mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über das Vermögen des Ehemanns eröffnet wird, enden die Güterstände der Nutzverwaltung und der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1419, 1543, 1547 BGB.). Nicht so die allgemeine Gütergemeinschaft und die Fahrnisgemeinschaft: die Aussicht auf eine Mitberechtigung am künftigen Erwerbe des Mannes und auf die Vorteile einer fortgesetzten Gütergemeinschaft soll der Frau nicht wider ihren Willen entzogen werden. Vgl. andrerseits §§ 1468 Nr. 4 und 5, 1549 BGB.[2]). Der elterliche Gewalthaber verliert, sobald der Konkurs rechtskräftig eröffnet ist, das Recht der Vermögensverwaltung, nicht aber auch die gesetzliche Nutznießung am Kindesvermögen (§§ 1647, 1656, 1667, 1686 BGB.). Zur Übernahme einer Vormundschaft oder Pflegschaft ist der Gemeinschuldner untauglich (§§ 1781 Nr. 3, 1915 BGB.). Der Konkurs eines Vormunds oder Pflegers ist Entlassungsgrund (§§ 1886, 1915 mit 1781 Nr. 3 BGB.). Siehe auch §§ 1792, 1866, 1878, 1895 BGB.

3. In seinen staatsbürgerlichen Rechten ist der Gemeinschuldner reichsrechtlich namentlich insofern beschränkt, als er das aktive und passive Wahlrecht für Gewerbe-, Kaufmanns- und Innungsschiedsgericht, die Wählbarkeit zu Ämtern der Arbeiterversicherung, die Befähigung zum Schöffen, Geschworenen oder Handelsrichter, zum Rechts- oder Patentanwalt und die Befugnis zum Börsenbesuch entbehrt[3]). Diese Schranken fallen bei Konkursbeendigung. Einer förmlichen, an gewisse Voraussetzungen (Beweis der Nachzahlung oder Unschuld) geknüpften Wiederverleihung der staatsbürgerlichen Rechte, einer Wiederbefähigung oder Rehabilitation, bedarf es nicht. Der wegen einer Konkursstraftat ausgesprochene Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (§§ 32ff. StGB., §§ 239ff. KO.) hat seine selbständige Dauer (§ 32 II StGB.).

---

[1]) Siehe § 18 GBO.; RG. LZ. 1909 Sp. 938, KGJ 40 S. 282. In diesem Sinne ist das Grundbuch gegenüber eigenmächtigen Neuverfügungen des Gemeinschuldners gesperrt.

[2]) Aber „Konkurs" des Mannes genügt diesen Vorschriften nicht schlechthin.

[3]) Das Reichswahlgesetz vom 27. April 1920 (i. F. v. 6. März 1924) und das ihm nachgebildete Landesrecht ist unempfindlich gegen den Makel des Konkurses, während früher die Einbuße des aktiven und passiven Reichs- und Landtagswahlrechts mit dem Konkurse verknüpft war. Eine Übersicht über die einschlagenden Gesetzesstellen siehe bei JAEGER KO[5]. § 25 Anm. 33ff. Die Unfähigkeit eines Gemeinschuldners zum Amt eines Schöffen, Geschworenen oder Handelsrichters ist nun in den §§ 32 Nr. 3, 84, 109 III GVG. in F. v. 22. März 1924 (RGBl. I 299) verordnet.

3. Einfluß des Konkurses auf schwebende Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten des Schuldners.

§ 7.

A. Rechtsgeschäfte.

I. Die persönlichen Gläubiger müssen sich, soweit sie nicht durch ein Aufrechnungs- oder Sicherungsrecht, besonders durch Pfand (§§ 47ff.) oder Vormerkung (§ 24), gedeckt sind, mit anteilsmäßiger Befriedigung in Geld (§ 69) begnügen. Dies gilt auch für **gegenseitige Schuldverhältnisse**, wenn der Vertragsgenosse des Gemeinschuldners bereits vor Konkursbeginn ganz erfüllt hatte. So kann z. B. der Verkäufer, der vorgeleistet hatte, seinen Kaufpreisanspruch nur als Konkursforderung geltend machen[1]). Bei einem beiderseits noch **unerfüllten** Austauschvertrage dagegen wäre es unbillig, dem Gegner zuzumuten, daß er voll leiste und sich selbst mit einem Teile des Entgelts begnüge. Deshalb erkennt das Gesetz im § 17 den Schutzgedanken der Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB.) auch für den Konkurs an. Ist nämlich ein solcher Vertrag bei Konkursbeginn noch auf keiner Seite vollständig erfüllt, so hat zwar der Konkursverwalter die Wahl zwischen Erfüllung und Nichterfüllung; allein er muß auf Erfordern des Gegners seine Entscheidung unverzüglich treffen; und, wenn er auf Erfüllung besteht, auch seinerseits die volle Gegenleistung gewähren.

1. Anwendungsgebiet der bedeutsamen Regel des § 17 ist nach den Worten des Gesetzes der „zweiseitige Vertrag", d. h. das vollkommen zweiseitige, das synallagmatische, im BGB. (§§ 320ff.) und im § 9 AufsVO. als „gegenseitig" bezeichnete Schuldverhältnis. Es geht auf Leistung um Gegenleistung. Die Verpflichtung ist nicht bloß auf jeder Seite wesentlich, sondern es bildet die Leistung der einen Seite nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsgenossen zugleich das Entgelt für die Leistung der anderen („Äquivalenzverhältnis[2])"). Sonach scheiden aus sowohl die einseitig verpflichtenden Schuldverträge (wie das Darlehen) als auch die unvollkommen zweiseitigen (wie Leihe, Auftrag, unentgeltliche Verwahrung). Hauptanwendungsfälle des § 17 sind Kauf, Werklieferung und Tausch. Für eine Reihe anderer Gegenseitigkeitsverträge, wie für Verlags- und Versicherungsvertrag, für Miete und Pacht und für die entgeltliche Geschäftsbesorgung aller Art, gilt die Vorschrift nur, soweit nicht die unter II erörterten Besonderheiten Platz greifen.

2. Vorausgesetzt wird ein beiderseits noch nicht oder nicht ganz erfüllter Gegenseitigkeitsvertrag. Das Ausstehen auch einer nur geringfügigen Teil- oder Nebenleistung, wie des Kaufpreisrestes oder der Kaufpreiszinsen, bedeutet Unvollständigkeit der Erfüllung. Geht die geschuldete Leistung auf Bewirkung eines Erfolges, wie beim Verkauf einer Sache auf Verschaffung des Eigentums, dann hat der Schuldner nicht schon dadurch erfüllt, daß er das Seine zur Herbeiführung dieses Erfolges tat, also die Leistungshandlung vornahm (etwa als Verkäufer die

---

[1]) Eine Rückforderung der dem jetzigen Gemeinschuldner übereigneten und bei Konkursbeginn zu seinem Vermögen gehörenden Ware schließt die Regel des Gesetzes aus. §§ 26, 69.

[2]) Beim Leihvertrag ist wesentlich sowohl die Pflicht des Verleihers, den Sachgebrauch unentgeltlich zu gestatten, als auch die des Entleihers zur Rückgabe (§§ 598, 604 BGB.); aber Gebrauchsgestattung und Rückgabe stehen nicht im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung. Dagegen begründet der Vertrag auf Gewährung des Gebrauchs einer Sache gegen Entgelt, die Miete (§ 535 BGB.), ein gegenseitiges Schuldverhältnis. Der Verwahrungsvertrag (§ 688 BGB.) ist gegenseitig, wenn als Entgelt für die Aufbewahrung eine Vergütung vereinbart wird (§ 689 BGB.), wie bei der Bankverwahrung (Depotgeschäft) und beim Lagergeschäft (§§ 416ff. HGB.); sonst unvollkommen zweiseitig. Der Gesellschaftsvertrag setzt zwar nach § 705 BGB. die „gegenseitige" Verpflichtung der Genossen zur Erstrebung eines gemeinsamen Zweckes voraus, aber nicht im Sinne des Austausches von Leistung und Gegenleistung. An dieser Eigenart scheitert bereits die glatte Anwendbarkeit der §§ 320ff. BGB. Auch der § 17 KO. versagt. Statt seiner greift die Sonderregelung des § 728 BGB. (§ 25) ein. Darüber im Text unter III.

Sache der Beförderungsstelle des § 447 BGB. oder selbst dem Käufer persönlich zum Zwecke der Übereignung übergab), sondern erst dann, wenn der geschuldete Erfolg wirklich auch eingetreten ist. Darum ist die Verschaffungspflicht noch unerfüllt, solange ein Eigentumsvorbehalt wirkt[1]). Der Verkäufer eines Grundstücks hat trotz der Übergabe noch nicht erfüllt, solange die Auflassung oder die Eintragung, und trotz der Übereignung nicht, solange noch die Übergabe aussteht[2]). Andererseits hat der Käufer einer Sache noch nicht erfüllt, wenn er zwar den vollen Kaufpreis bezahlt, aber die Sache nicht abgenommen hat (§ 433 II BGB.). Den Kaufpreis bezahlt der Käufer nicht schon dadurch, daß er seinen Schuldner anweist, an den Verkäufer zu leisten (§ 788 BGB.), und nicht schon dadurch, daß er erfüllungshalber eine Wechselverpflichtung eingeht (§ 364 II BGB.), also z. B. zur „Regulierung" ein Akzept übergibt. Dagegen wirken Annahme an Zahlungsstatt und befugte Hinterlegung unter Rücknahmeverzicht der Zahlung gleich (§§ 364 I, 378 BGB.).

3. Die Wahl zwischen Erfüllung und Ablehnung hat der Konkursverwalter mit Rücksicht auf den Vorteil der Masse zu treffen. Seine Erklärung ist formlos, einseitig, empfangsbedürftig (§§ 130ff., 174, 182 BGB.) und nach den allgemeinen Vorschriften anfechtbar wegen eines Willensmangels (§§ 119ff., 142ff. BGB.), aber nicht widerruflich.

a) Wenn der Konkursverwalter auf Erfüllung besteht, sind Leistung und Gegenleistung so, wie sie nach Inhalt des Vertrags geschuldet werden, zu bewirken. Die andere Partei hat also voll zu leisten, dafür aber als Massegläubigerin im Sinne des § 59 Nr. 2 auch ihrerseits die geschuldete Leistung selbst (in Natur, also z. B. Übereignung einer Sache, Herstellung eines Werkes) zu beanspruchen. Ihre Gegenforderung geht als Masseschuldanspruch allen Konkursforderungen, selbst den Massekosten vor (§§ 57, 60) und wird als solcher weder durch das Verbot der Sondervollstreckung (§ 14) noch durch eine Zwangsvergleichsminderung betroffen (§§ 191 I, 193). Der Konkursverwalter hat die Leistung „an Stelle des Gemeinschuldners", also so, wie dieser sie schuldet, zu bewirken, dementsprechend gegebenenfalls vorzuleisten und im Zweifel Zug um Zug zu erfüllen (§§ 320ff. BGB.). Ihm kann wie die Einrede des nicht erfüllten Vertrags jede sonst gegenüber dem Gemeinschuldner begründete Einwendung (z. B. auf Grund der §§ 117, 119, 123 BGB.) entgegengehalten werden. Einheitliche Verträge kann der Verwalter nur als Ganzes erfüllen oder ablehnen. Waren daher beim Einheitsvertrag auf Sukzessivlieferung (etwa von Kohlen) einzelne Ratenleistungen des Gegners schon vor Konkursbeginn bewirkt, aber nicht bezahlt worden, dann macht das Erfüllungsbegehren des Verwalters die gesamte Zahlungsverbindlichkeit des Gemeinschuldners zur Masseschuld, auch die Pflicht zur Zahlung der vor dem Konkurse gelieferten Raten[3]). Freilich kann der Verwalter, wenn die Gegenpartei darauf eingeht, mit dieser vereinbaren, daß nur der Preis der an die Masse bewirkten Lieferungen als Masseschuld bezahlt werden solle. Einseitig aber kann er diese Rechtsfolge nicht herbeiführen. Im Anfordern einer Teilleistung mit der bestimmten Erklärung, nur sie als Masseschuld bezahlen zu

---

[1]) RG. Bd. 64, S. 207, 336; Bd. 85, S. 403 (str.).

[2]) RG. Bd. 84, S. 235, Bd. 90, S. 222.

[3]) So bürdet der Verwalter beim Einheitsvertrag auf Lieferung von zehn Raten, wenn er die allein noch ausstehende Schlußrate „abruft", der Masse die Verbindlichkeit für alle zehn Raten als Masseschuld auf, falls sich herausstellt, daß noch keine bezahlt ist. Diese Folge gereichte schon mancher Masse zum Verhängnis. Eine Anfechtung der im „Abruf" liegenden Willenserklärung wegen Irrtums (§§ 119, 121 BGB.) hilft aber durchaus nicht immer, auch wenn sie unverzüglich erfolgt. Es fragt sich besonders, ob die Anfechtbarkeit besteht: 1. wenn der Konkursverwalter wußte, daß die gelieferten Raten noch unbezahlt waren, aber meinte, nur der Preis der an die Konkursmasse zu leistenden Raten werde zur Masseschuld, 2. wenn er (vielleicht auf Grund falscher Bucheinträge) angenommen hatte, alle früheren Lieferungen seien bezahlt, 3. wenn er sich gar keine Meinung vom Stand der Dinge gebildet hatte. Nur im zweiten Falle kann er anfechten. Siehe RG. Bd. 51, S. 281; Bd. 62, S. 201 (205); Bd. 85, S. 223; Bd. 98. S. 136; LZ. 1916, Sp. 22ff.

wollen, läge der frei ablehnbare Antrag des Verwalters zu solchem Vertragsschlusse, nicht aber ein den Gegner und die Masse nach Maßgabe der §§ 17, 59 Nr. 2 bindendes Erfüllungsbegehren[1]). Bei solchen Lieferungsverträgen, bei denen das Schuldverhältnis für aufeinanderfolgende Zeitabschnitte immer wieder neu entsteht, wird die Wahl des § 17 gesondert für den bei Konkursbeginn laufenden Zeitabschnitt ausgeübt[2]).

b) Wenn der Konkursverwalter die Erfüllung ablehnt, erlöschen für die Zukunft die Erfüllungsansprüche beider Vertragsteile. An ihre Stelle tritt, falls die Gegenpartei infolge der Ablehnung Verlust erleidet, eine einseitige Konkursforderung derselben auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags. In dieser Forderung geht das ganze wechselseitige Schuldverhältnis auf. In ihr wirkt zwar der ursprüngliche Vertrag fort, aber seine weitere Erfüllung kann von keiner Seite mehr verlangt werden. Insofern tritt für die Zukunft eine neue Rechtslage ein als besondere gesetzliche Folge der Ablehnungserklärung des Verwalters[3]). Die Ablehnung der Erfüllung bedeutet nicht Rücktritt vom Vertrag. Ein Rücktritt würde die Parteien schuldrechtlich verpflichten, den Zustand wieder herzustellen, der vor dem Vertragsabschlusse bestand (§§ 327, 346ff. BGB.). Dem Vertragsgegner wird aber das Recht, Rückgewähr eines durch bereits vollzogene Teilleistung in das Vermögen des Gemeinschuldners übergegangenen Gegenstandes zu beanspruchen, ausdrücklich versagt (§ 26 Satz 1)[4]). Ebensowenig kann der Gegenstand einer durch den jetzigen Gemeinschuldner bewirkten Teilleistung nun für die Masse zurückverlangt werden[5]). Da aber auch der Gegner weitere „Erfüllung“ nicht zu beanspruchen hat, kann er dem ablehnenden Verwalter, der eine vom Gemeinschuldner verkaufte und übergebene, aber noch nicht übereignete Sache nach § 985 BGB. für die Masse in Anspruch nimmt, die Herausgabe nicht mehr auf Grund der §§ 433, 986 BGB. verweigern[6]). Den Schaden darf der Gegner nach seiner Wahl konkret oder abstrakt berechnen. Weil seine Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung im ursprünglichen Vertrage ihren Rechtsgrund hat, verfällt infolge der Erfüllungsablehnung des Verwalters auch eine Vertragsstrafe, die der nachmalige

---

[1]) Siehe RG. JurW. 1904, S. 559, Nr. 22. Zwingend ist der § 17 nur insoweit, als er Abreden ausschließt, die zum Schaden der Masse die Ablehnungsbefugnis des Verwalters verkümmern. Siehe oben Seite 2 Note 1.

[2]) Als Wiederkehrsschuldverhältnisse in diesem Sinne pflegen sich zeitlich unbegrenzte Verträge auf Bezug von Wasser, Gas und Elektrizität aus städtischen Werken fort und fort zu erneuern. Bezieht der Verwalter für Rechnung der Masse weiter, dann sind Rückstände ebensowenig als Masseschulden zu begleichen wie Zinsrückstände in Fällen, in denen der Konkursverwalter des Mieters die Miete aufrechterhält (vgl. §§ 19, 59 Nr. 2). Siehe LZ. 1912, Sp. 286ff.; 1914, Sp. 162ff. 1706ff. (str.).

[3]) Diese für den § 17 KO. schon frühzeitig zur Herrschaft gelangte Auffassung (vgl. RG. Bd. 11, S. 51; Bd. 22, S. 111; Bd. 56, S. 239ff.) entspricht der später für den Schadensersatzanspruch des § 326 I 2 BGB. entwickelten „Differenztheorie“ (vgl. RG. Bd. 61, S. 87; Bd. 66, S. 67). Erst in der Rechtsprechung hat sie sich entwickelt. Das Gesetz selber ist mehr als dürftig. Der Wortlaut des § 17 KO. spricht dem Gegner für den Fall, daß der Verwalter seine (vom Gesetz nur stillschweigend anerkannte) Ablehnungsbefugnis ausübt, „eine Forderung wegen Nichterfüllung“ nicht ausdrücklich zu, aber Zweck und Zusammenhang des Gesetzes (vgl. §§ 18 I, 19 Satz 2, 22 II KO.; siehe nun auch § 9 II AufsVO.) stellen den Anspruch außer Zweifel. Er ist nach § 26 Satz 2 einfache Konkursforderung und als solche z. B. den §§ 14, 69, 193 unterworfen.

[4]) Der § 26 gilt hauptsächlich für den Bereich des § 17. Nur handelt es sich hier nicht um eine unmittelbare, sondern um eine bloß mittelbare Folge der Konkurseröffnung, weil erst die durch diese ermöglichte Erfüllungsablehnung des Verwalters die fernere „Nichterfüllung“ nach sich zieht.

[5]) Wie aber, wenn der Wert einer solchen Leistung den Schaden des Gegners übersteigt? Vgl. RG. Bd. 73, S. 58.

[6]) Für die Zukunft ist eben der Besitzer dem Eigentümer gegenüber nicht mehr zum Besitze berechtigt, weil er infolge der inhaltlichen Verwandlung des Schuldverhältnisses Eigentumsverschaffung als Käufer nicht mehr verlangen kann. RG. Bd. 90 S. 218.

Gemeinschuldner für den Fall der Nichterfüllung versprochen hatte[1]), mag sie auch den wirklichen Schaden übersteigen. Ebendarum deckt eine früher bestellte Bürgen- oder Pfandhaftung auch die Ersatzforderung.

c) Solange der Verwalter die Wahl nicht ausdrücklich oder stillschweigend betätigt, bleibt das Schicksal des Schuldverhältnisses in der Schwebe. Eine Wahlfrist besteht nicht. Doch kann die Gegenpartei den Verwalter zu ungesäumter Entscheidung drängen.

Gibt er auf ihre Anfrage nicht „ohne Verzug"[2]) eine bestimmte und wirksame Erklärung ab, so tritt die Folge ausdrücklicher Ablehnung ein (§ 17 II). Kommt es aber im Konkurse, vielleicht wegen baldiger Einstellung oder Vergleichsschließung, überhaupt nicht zu einer Entscheidung, dann bleibt das Schuldverhältnis unberührt; es kann nach Konkursbeendigung im ursprünglichen Inhalt und nur in diesem geltend gemacht werden, während im Falle der Erfüllungsablehnung kein Vertragsgenosse außerhalb des Konkurses oder nach diesem auf den ursprünglichen Inhalt zurückgreifen kann.

4. Ist der Anspruch der Gegenpartei durch den dinglichen Schutz einer Vormerkung gesichert, so bleibt er einer Verkümmerung durch Erfüllungsablehnung überhoben. Der Verwalter muß auf Verlangen die geschuldete Rechtsänderung selbst, also bei Eigentumsvormerkungen die Übereignung, bei Pfandvormerkungen die Hypothekbestellung, und damit den Vollerwerb von Aus- oder Absonderungsrechten herbeiführen (§ 24).

5. Konkursfreie Schuldverhältnisse sind dem Wahlrecht unzugänglich. Das gilt einmal dann, wenn der Gemeinschuldner als Gläubiger eine Leistung zu beanspruchen hat, die an die Konkursmasse gar nicht bewirkt werden kann oder darf (z. B. auf Dienste eines Vorlesers, eines Lehrers, einer Amme oder auf Lieferung oder Ausbesserung beschlagsunfähiger Sachen, etwa im Sinne des § 811 Nr. 12 ZPO., § 1 KO.). Zum anderen dann, wenn die vom Gemeinschuldner als dem Verpflichteten zu erbringende Leistung nur von ihm persönlich bewirkt werden kann (wie das von einem Künstler versprochene Herstellen eines Gemäldes oder Auftreten auf einer Bühne). Dagegen unterliegen Werkverträge auf ein vom Gemeinschuldner als Unternehmer durch ersetzbare Tätigkeit (z. B. Ausführung eines gewöhnlichen Baues) herzustellendes Werk dem § 17.

6. Für den Kauf von Marktwaren[3]), deren Lieferung nach Konkurseröffnung genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist zu bewirken ist, gilt eine Besonderheit. Lieferungsfixgeschäfte solcher Art verwandeln sich nämlich nach § 18 bei Konkurseröffnung von Rechts wegen in Differenzgeschäfte. Der Konkursverwalter hat also zwischen Erfüllung und Erfüllungsablehnung nicht die Wahl. Diese Ausnahme trägt der besonderen Natur des Fixkaufes Rechnung, der häufig nur ein Glied in einer Kette gleichartiger Geschäfte bildet und daher im allseitigen Interesse sofort erledigt werden muß. Der § 18 setzt einen bei Konkursbeginn noch von keiner Seite vollständig erfüllten Vertrag voraus, dessen Erfüllungszeit nicht vor dem zweiten Werktage nach Konkursbeginn liegen darf. Im Gegensatz zum § 17 verwandelt sich der Anspruch aus dem Lieferungs-

---

[1]) RG. Bd. 49, S. 189; Bd. 94, S. 207. Auch dieser Anspruch ist bloße Konkursforderung (§ 26 Satz 2; vgl. § 62 Nr. 2).

[2]) Gleichbedeutend mit „unverzüglich" im Sinne des § 121 I BGB., sodaß also nur ein schuldhaftes Zögern die Säumnisfolge auslöst. Nach § 133 Nr. 2 (vgl. § 136) hat der Verwalter die Pflicht, ehe er die Erfüllung verlangt, den Konsens eines etwa bestellten Gläubigerausschusses einzuholen. Solange die ordnungsmäßig erbetene Entschließung des Ausschusses noch aussteht, trifft den mit der Antwort zögernden Verwalter keine Schuld. Ob im Einzelfalle schuldhafte Verzögerung der Antwort vorlag oder nicht, ist eine letzten Endes vom Prozeßgericht zu entscheidende Tatfrage.

[3]) Mit Einschluß von Wertpapieren (z. B. Aktien, Pfandbriefen, Staatsschuldverschreibungen).

vertrage mit Konkurseröffnung kraft Gesetzes in einen Entschädigungsanspruch, und zwar desjenigen Vertragsteiles, dessen Vertragsabschluß sich als vorteilhafter erweist, zugunsten des Gegners aber nur als Konkursforderung (§ 26). Die Vergütung berechnet sich abstrakt, und zwar nach der Differenz zwischen dem Kaufpreis und demjenigen Marktpreise, der am Erfüllungsort für gleichartige, am zweiten Werktage nach Konkurseröffnung geschlossene Lieferungsgeschäfte ermittelt wird (§ 18 II)[1]).

7. Ein vollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis, wie es der § 17 voraussetzt, begründet auch der Verlagsvertrag. Doch gelten mit Rücksicht auf den Vertrauenscharakter des Verlagsverhältnisses Abweichungen von der konkursrechtlichen Regel, wenn der Verleger in Konkurs gerät, und zwar nach § 36 VerlG., der aus lebhaften Kämpfen der beteiligten Kreise erwachsen ist. Hatte nämlich der Druck bei Konkurseröffnung noch nicht begonnen, so steht dem Verfasser ein Rücktrittsrecht und damit die Möglichkeit zu, das Erfüllungsbegehren des Verwalters aus § 17 KO. abzuschneiden (§ 36 III VerlG.). Wird der Rücktritt nicht rechtzeitig erklärt (§ 37 VerlG. mit § 355 BGB.) oder besteht ein Rücktrittsrecht nicht, weil der Druck schon vor dem Konkurse begonnen hatte, so greift der § 17 KO. Platz, und zwar selbst dann, wenn bereits das ganze Manuskript vor dem Konkurs an den Verleger abgeliefert worden war (§ 36 I VerlG.)[2]). Entscheidet sich der Verwalter für Erfüllung und Übertragung der Rechte des Verlegers auf einen Dritten[3]), so rückt dieser an Stelle der Konkursmasse in den Verlagsvertrag ein, d. h. Verlegerrechte und Verlegerpflichten gehen, wie sie durch den Vertrag begründet sind, auf den Erwerber über (§ 36 II 1 mit § 14 VerlG.). Der Verfasser muß sich sonach fortan mit seinem Anspruch „auf Erfüllung" (Vervielfältigung, Verbreitung, Honorar) an den Erwerber halten. Doch haftet die Konkursmasse kraft gesetzlicher Selbstschuldbürgschaft für den Schaden, der dem Verfasser wegen „Nichterfüllung" des Vertrags durch den Erwerber entsteht (§ 36 II 2 mit § 32 VerlG.). Diese Verbindlichkeit ist bedingte Masseschuld und als solche bei Konkursbeendigung vom Verwalter sicherzustellen (§ 36 II 3 VerlG.).

II. Die Regel des § 17 gilt vornehmlich solchen Verträgen, die einer durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung zu bewirkenden raschen Abwicklung zugänglich sind. **Dauerschuldverhältnisse,** wie Miete und Pacht, Arbeitsvertrag und Versicherungsvertrag, erfordern in wesentlichen Punkten eine eigenartige Regelung.

1. Der Gemeinschuldner ist **Mieter** (Pächter).

a) War ihm die Mietsache (der Pachtgegenstand) bereits vor dem Konkurs **überlassen,** so wird zwar durch die Konkurseröffnung selber der Bestand des Vertragsverhältnisses nicht berührt. Der Zins seit dem letzten Fälligkeitstermine vor Konkurseröffnung ist Masseschuld (59 Nr. 2) und überdies gedeckt durch das Absonderungsrecht des § 49 Nr. 2. Allein beide Teile — Verwalter und Vermieter — sind von nun ab andauernd zu vorzeitiger Lösung des Verhältnisses befugt. Nur müssen sie dabei die gesetzlichen Kündigungsfristen (§§ 565, 580, 581, 595 BGB.) einhalten. Gestattet der Vertrag selbst eine schleunigere, vielleicht sofortige Lösung, so bleibt diese Möglichkeit unberührt. Macht aber der Verwalter von der vorzeitigen gesetz-

---

[1]) Es kann also nicht nur der Anspruch des Käufers auf die Lieferung, sondern auch der des Verkäufers auf den Kaufpreis zum Differenzanspruch werden. Ein Zahlenbeispiel siehe bei JAEGER, KO.[5] § 18 Anm. 25.

[2]) Daß der Autor auch dann von seiner Seite den Verlagsvertrag noch nicht vollständig im Sinne des § 17 I KO. erfüllt hatte, wird im eignen Interesse des Autors durch den § 36 I VerlG. außer Zweifel gestellt.

[3]) Wählt der Verwalter die Erfüllung, dann bilden die Vertragsansprüche des Autors (auf Vervielfältigung, Verbreitung, Vergütung) Masseglӓubigerrechte im Sinne des § 59 Nr. 2. Diese Vollziehung des Vertrags wird aber dem Verwalter häufig unmöglich sein. Alsdann gewinnt die Übertragbarkeit der Verlegerrechte Bedeutung. Sie besteht im Zweifel (§ 28 VerlG.). Ist sie dem Verleger selbst vertragsmäßig entzogen, dann entbehrt sie auch der Konkursverwalter.

lichen Kündigungsbefugnis Gebrauch, so hat der Gegner eine einfache Konkursforderung auf Ersatz alles ihm etwa infolge der vertragswidrigen Lösung erwachsenden Schadens. §§ 19, 26 Satz 2 mit § 49 Nr. 2 (vgl. § 10 AufsVO.).

Der § 19 gilt unterschiedslos für Liegenschaften wie für Fahrnis. Das Mieterschutzgesetz vom 1. Juni 1923, das die Kündbarkeit durch den Vermieter, nicht auch durch den Mieter und dessen Konkursverwalter, aufs äußerste beschränkt, erklärt ausdrücklich (§ 26) die dem Vermieter nach § 19 KO. zustehende Kündigungsbefugnis für unberührt. Soweit aber der Gemeinschuldner in der Miete belassen wird, erwachsen alle ferneren Mieterverbindlichkeiten als Masseschulden (§ 59 Nr. 2 KO.), einerlei ob die Miete der Masse zugute kommt oder nicht.

b) War die Mietsache dem Gemeinschuldner bei Konkursbeginn **noch nicht** überlassen, so hat der Vermieter ein einseitiges Rücktrittsrecht. Er muß also nicht etwa erst den Vertrag durch Überlassung „antreten" und dann zum nächsten Ziele „kündigen". Dies mutet ihm das Gesetz nicht zu, weil die Persönlichkeit des Mieters (und namentlich des Pächters) eine wesentliche Rolle spielt. Der Gemeinschuldner kann sich, da er noch nicht angetreten hat, nicht beklagen. Erklärt der Vermieter den Rücktritt auf Anfrage des Konkursverwalters nicht unverzüglich, so darf dieser nach der Regel des § 17 Erfüllung gegen Erfüllung (§ 59 Nr. 2) verlangen. Zur Ablehnung der Erfüllung (vgl. § 26 Satz 2) ist der Konkursverwalter von vornherein befugt (§ 20).

2. Der Gemeinschuldner ist **Vermieter** (Verpächter).

a) War die Mietsache bei Konkursbeginn bereits **überlassen**, so bleibt der Verwalter an den Vertrag gebunden (§ 21 I). Ist ja doch selbst ein gänzlicher Wechsel der Person des Vermieters (Tod, Veräußerung) ohne Einfluß auf den Bestand der Miete, für ein Lösungsrecht des Mieters aber hier kein Bedürfnis begründet[1]). Veräußert der Verwalter die Sache (vgl. § 931 BGB.), so kann der Mieter bis zum Vertragsende die Herausgabe verweigern (§ 986 BGB.). Das gilt jedoch nur für Fahrnis. Bei Grundstücken wirkt die Veräußerung durch den Verwalter, auch wenn sie nicht in den Formen der Zwangsversteigerung (§ 126 KO., §§ 172ff. ZVG.), sondern der — häufig vorteilhafteren[2]) — freiwilligen Verwertung erfolgt, auf den Bestand der Miete wie eine Zwangsversteigerung (§ 21 III). Der Ersteher hat daher das Recht vorzeitiger Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen[3]) Frist; aber er muß es gleich bei erster Gelegenheit ausüben, sonst erlischt es (§ 57a ZVG.). Ohne diese Möglichkeit vorzeitiger Vertragslösung würde das vermietete Grundstück oftmals unverwertbar sein. Einen ihm infolge der verfrühten Lösung erwachsenden Schaden kann der Mieter als Konkursgläubiger geltend machen (arg. § 19 Satz 3, § 26). Vorausverfügungen des Gemeinschuldners über den Immobiliarzins[4]) wirken der Konkursmasse gegenüber nur in engen Grenzen: nur für das bei Konkursbeginn bereits laufende Kalendervierteljahr und, wenn der Konkurs im letzten Halbmonat eines Kalendervierteljahres (§ 189 I BGB.) er-

---

[1]) Der Konkurs des Vermieters bildet also für keinen Vertragsteil einen gesetzlichen Kündigungsgrund. Dem Konkursverwalter des Vermieters wird aber auch die Wahlbefugnis des § 17 versagt.

[2]) Das einfachere Verfahren der freiwilligen Verwertung, besonders als Freihandverkauf, ermöglicht es, die Gunst des Augenblicks sofort auszunützen.

[3]) Siehe die § 565 I Satz 1, IV, 580, 595 BGB. Es bleibt wohl zu beachten, daß nach § 565 IV hier, wo eine vorzeitige gesetzliche Lösbarkeit in Frage steht, § 565 I Satz 2, 3 außer Anwendung bleiben, es also keinen Unterschied für die Kündigungsfrist macht, nach welchen Zeitabschnitten der Mietzins bemessen ist.

[4]) Etwa durch Abtretung, Verpfändung oder Erlassung, besonders aber durch Einziehung im voraus, wenn der Mieter kraft Vertragspflicht oder auf Bitte des Vermieters Vorauszahlung geleistet hat. Der Mieter muß, soweit das Gesetz die Vorauszahlung gegenüber der Konkursmasse nicht gelten läßt, zu dieser noch einmal zahlen. Die Aufrechnungsbefugnis des Mieters gegenüber seiner Zinsenschuld wird durch den § 21 II 2 ebenso begrenzt wie die Vorausverfügungsmacht des Vermieters.

öffnet wurde, auch noch für das nächste Vierteljahr. § 21 II (vgl. §§ 1124f. BGB.) i. F. v. 8. Juni 1915.

b) War der Mietgegenstand bei Konkursbeginn **noch nicht** überlassen, so bewendet es beim Wahlrecht des Verwalters nach der Regel des § 17.

3. Der Gemeinschuldner ist **Arbeitgeber.**

a) Ein im Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäfte[1]) des Gemeinschuldners angetretenes „Dienstverhältnis" unterliegt nach § 22 fortan — wie die Miete nach § 19 — dauernder beiderseitiger Kündbarkeit zu den gesetzlichen Zielen (§§ 621ff. BGB., § 66 HGB., §§ 122, 133aff., 134 GewO.). Vgl. auch § 11 AufsVO.

b) Verträge auf „Geschäftsbesorgung" — entgeltliche (Dienst- oder Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung) oder unentgeltliche (Auftrag) — läßt der Konkurs des Geschäftsherrn (nicht auch der des Geschäftsbesorgers) von Rechts wegen und endgültig erlöschen, falls sich die Geschäftsbesorgung auf die Konkursmasse bezieht (§ 23). „Geschäftsbesorgung" (vgl. §§ 662, 675 BGB.) ist die Besorgung von Rechtsgeschäften (wie die Abschließung von Frachtverträgen durch den Spediteur, An- und Verkauf von Waren und Wertpapieren durch den Kommissionär, Vermittlung von Verträgen durch Makler und Agenten), aber auch eine tatsächliche Verrichtung, wenn sie der Verkehr als Geschäftsbesorgung ansieht (wie die Verwaltung eines Vermögens, die Leitung eines Baues, die Führung eines Prozesses). Keine Geschäftsbesorgung im Verkehrssinne bildet die wissenschaftliche Unterweisung, die ärztliche Pflege oder die sonstige Behandlung der Person des Auftraggebers. Das Gesetz läßt Geschäftsbesorgungsverträge, die in Beziehung zur jetzigen Konkursmasse stehen, bei Konkurseröffnung namentlich zu dem Zwecke von Rechts wegen und endgültig erlöschen, um damit die ordnungsmäßige Verwaltung und Verwertung der Masse sicherzustellen, also das störende Eingreifen eines Dritten in die Tätigkeit des Konkursverwalters auszuschließen[2]).

Doch gelten zwei Einschränkungen, die eine bei Verzugsgefahr, die andere zum Schutze des guten Glaubens der Gegenpartei:

α) Unaufschiebbare Geschäfte sind fortzuführen, bis der Konkursverwalter eingreifen kann (§ 23 KO. mit §§ 674, 675 BGB.). Die Fortführung dient dem Vorteil der Masse. Darum wird eine dabei erwachsende Erstattungsverbindlichkeit gegenüber dem Geschäftsbesorger zur Masseschuld erhoben (§ 27, 59 Nr. 2).

β) Im Eigeninteresse des Geschäftsbesorgers gilt das Vertragsverhältnis solange als fortbestehend, bis er dessen Erlöschen kennt oder kennen muß (§ 23 KO. mit §§ 674, 675 BGB.). Ein bei solcher Tätigkeit erwachsender Erstattungsanspruch ist bloße Konkursforderung, begründet in dem vor Konkursbeginn entstandenen Schuldverhältnis (§§ 27, 61 Nr. 6).

4. Der Gemeinschuldner ist **Arbeitnehmer.**

Mangels einer Sondervorschrift gilt die Regel des § 17, vorausgesetzt, daß der Vertrag gegenseitig (für den Auftrag siehe § 671 BGB.) und die vom Gemeinschuldner zu bewirkende Leistung (etwa als Ausführung eines alltäglichen Bauwerks) ersetzbar ist. Siehe oben I 5; vgl. auch §§ 320, 321 BGB.

5. Der Gemeinschuldner ist **Versicherer.**

Die Lebensversicherung erlischt, wenn der Versicherer in Konkurs verfällt, sofort (§§ 61, 63 VAG), die Schadensversicherung erst nach Ablauf eines Monats

[1]) Beispielsweise treten ihr Dienstverhältnis an im Haushalte das gesamte häusliche Gesinde (Herrschaftsdiener, Köchin, Stubenmädchen, Kinderfräulein), aber auch Zugeh-, Scheuer-Waschfrau, im Wirtschaftsbetrieb (unterschieden vom Erwerbsgeschäft) Gärtner und Förster, Gutsknecht und Stallmagd des land- oder forstwirtschafttreibenden Gemeinschuldners, im Erwerbsgeschäfte Handlungs- und Gewerbegehilfen, Fabrikarbeiter, Werkmeister, Techniker, Betriebsbeamte, Pförtner, auch die Angestellten von Rechtsanwälten und Ärzten. Auch der Lehrling pflegt im Erwerbsgeschäft des Lehrherrn „ein Dienstverhältnis", wie es der § 22 voraussetzt, anzutreten (str.). Vgl. § 61 Nr. 1.

[2]) Diesem Schutzzweck entspricht es, daß eine von den Parteien des Geschäftsbesorgungsvertrages vereinbarte Unwiderruflichkeit das Erlöschen des § 23 nicht zu verhindern vermag. Siehe oben S. 2 Note 1. Über den Einfluß des Konkurses eines Kommittenten auf das Kommissionsverhältnis siehe auch RG. Bd. 105, S. 128.

(§ 13 VVG.). Im zweiten Falle soll der kurze Fortbestand dem Versicherungsnehmer die rechtzeitige Eingehung einer anderen Versicherung ermöglichen. Tritt während der Monatsfrist der Versicherungsfall ein, so löst er eine Masseschuld aus (§ 59 Nr. 2). Andererseits gebühren der Masse noch einen Monat lang die Prämien aller Versicherungsnehmer. Für Seeversicherungen gilt die Besonderheit des § 898 HGB.

6. Der Gemeinschuldner ist **Versicherungsnehmer.**

Es bewendet beim Wahlrechte des Konkursverwalters nach der Regel des § 17 KO., es sei denn, daß der jetzige Gemeinschuldner als Versicherungsnehmer bereits voll geleistet hatte (etwa durch Vorauszahlung einer Einheitsprämie). Beschlagsfähige Versicherungsansprüche (z. B. aus der Versicherung nun zur Masse gehörender Sachen gegen Feuer, Einbruch, Aufruhr) sind Massebestandteile. Hatten die Vertragsgenossen vereinbart, daß bei Konkurs des Versicherungsnehmers das Versicherungsverhältnis von selbst erlöschen, oder daß es der Versicherer kürzer als unter Monatsfrist sollte kündigen dürfen, dann versagt der § 14 VVG. solcher Abrede die Wirksamkeit gegenüber der Konkursmasse. Ihr muß mindestens noch ein Versicherungsmonat bleiben, binnen dessen sie eine neue Versicherung nehmen kann.

III. **Gesellschaftsverhältnisse** im Sinne des § 705 BGB. verfallen infolge der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters der Lösung, es sei denn, daß im ursprünglichen oder im ergänzten Gesellschaftsvertrage für den Fall eines solchen Konkurses der Fortbestand unter den übrigen — mindestens noch in der Zweizahl vorhandenen — Teilhabern vereinbart ist (§ 736 BGB.). Vereine ohne Rechtsfähigkeit (vgl. § 54 BGB.) werden durch den Konkurs eines Mitgliedes im Bestande nicht berührt. Denn der auf Bildung eines „Vereins“ gerichtete Wille der Beteiligten ergibt, daß der Verband vom Wechsel seiner Mitglieder unabhängig sein soll.

Wenn der Konkurs eines Gesellschafters die Gesellschaft in den Stand der Abwickelung versetzt, sind die übrigen Gesellschafter so lange zur Fortführung der ihnen übertragenen und nicht ohne Gefahr aufzuschiebenden Geschäfte verpflichtet, bis der Konkursverwalter als Vertreter des verganteten Gesellschafters in Gemeinschaft mit ihnen anderweit Fürsorge treffen kann. „Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.“ § 728 Satz 2 mit § 727 II BGB. Die Fiktion des Fortbestandes dient hier dem Vorteil der Masse. Zugunsten eines weiter tätigen Mitgesellschafters besteht die gleiche Fiktion, solange dieser den Konkurs weder kennt noch kennen muß. § 729 BGB. Dementsprechend wird der geschäftsführende andere Teilhaber bei Verzugsgefahr oder gutem Glauben wie in den Fällen II 3 b geschützt (§ 28).

IV. Das Erlöschen einer **Vollmacht** (§ 166 BGB.) bestimmt sich nach dem der Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse (§ 168 Satz 1 BGB.), es sei denn, daß die Vollmacht ausnahmeweise nach dem erkennbaren Willen des Vollmachtgebers vom Bestand eines anderen Rechtsverhältnisses unabhängig sein soll. Vollmachten beruhen namentlich auf Gesellschafts- oder Geschäftsbesorgungsverträgen (Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag). Da nun die Gesellschaft durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters, der die Konkursmasse betreffende Geschäftsbesorgungsvertrag durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsherrn endet, **erlischt** infolge solcher Konkurseröffnung auch die Vollmacht des Gesellschafters oder Geschäftsbesorgers, und zwar endgültig. So auch die Prozeßvollmacht in Masseprozessen (§ 240 ZPO.)[1]. Selbständige Vollmachten unterliegen, wenn sie die Konkursmasse betreffen, dem Widerrufe des Konkursverwalters (§ 168 Satz 2, 3 BGB., § 6 KO.). Unter allen Umständen erlöschen Prokura und Handlungsvollmacht (§§ 48 ff., 54ff. HGB.) im Konkurse des Prinzipals, weil ihre Fortdauer dem Konkurszwecke widerstreitet.

---

[1]) Darum macht der § 246 ZPO. für den Fall des § 240 keine Ausnahme. Der Konkurs unterbricht also den Prozeß der Partei, auch wenn diese einen Prozeßbevollmächtigten hatte. Denn seine Vollmacht ist, wenn sie die nunmehrige Konkursmasse betrifft, erloschen.

Die Vollmacht in Massesachen erlischt wie das Grundverhältnis endgültig. Sie lebt auch dann nicht wieder auf, wenn der Konkurs auf Grund eines Zwangsvergleichs oder durch Einstellung beendet wird. Wird der Eröffnungsbeschluß im Beschwerdeweg rechtskräftig aufgehoben, so gilt das Erlöschen als nicht eingetreten. Besteht das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis fort, so bleibt auch die Vollmacht bestehen. So die Ermächtigung zum Verkauf konkursfreier Gegenstände, die Prozeßvollmacht in Ehesachen oder zur Einklagung familienrechtlichen Unterhalts, die Vollmacht zu Anschaffungen für den jetzigen Gemeinschuldner.

Die Anweisung[1]) wird nicht kraft Gesetzes durch den Konkurs des Anweisenden zum Erlöschen gebracht, auch nicht die Anweisung auf Schuld. Der Widerruf steht beim Verwalter (§ 790 BGB., § 6 KO.). Leistet der Angewiesene in Unkenntnis des Konkurses, so wird er dem § 8 entsprechend geschützt. Dies gilt auch für Wechsel- und Scheckanweisung.

§ 8.

B. Rechtsstreitigkeiten.

I. Trotz der Konkurseröffnung bleibt der Gemeinschuldner Träger der zur Konkursmasse gehörenden Rechte und der aus der Konkursmasse zu erfüllenden Pflichten. Trotz der Konkurseröffnung bleibt er auch Träger der Parteirolle, wenn für oder wider ihn ein Rechtsstreit anhängig geworden war, der um ein nun zur Konkursmasse gehörendes Recht oder um eine nun aus der Konkursmasse zu erfüllende Pflicht geführt wird. Auch entzieht der Konkurs dem bisher vertragsverpflichtungsfähigen Schuldner die Prozeßfähigkeit weder schlechthin noch in Ansehung der Konkursmasse. Denn an seiner Fähigkeit, „sich" (seine Person) durch Verträge zu verpflichten (§ 52 ZPO.), ändert der Konkurs als solcher gar nichts[2]). Der Gemeinschuldner kann zweifellos nichtvermögensrechtliche Sachen (wie eine schon früher anhängig gewordene oder neu eingeleitete Scheidungsklage), aber auch Prozesse über außerhalb des Konkurses stehende Vermögensrechte (z. B. beschlagsfreie oder freigegebene Ansprüche) und Vermögenspflichten (z. B. aus einem nach Konkursbeginn von ihm persönlich durch Darlehnsaufnahme oder Kauf abgeschlossenen Schuldverhältnis) in eigener Person führen oder durch einen von ihm selbst bestellten Prozeßbevollmächtigten führen lassen. Den Masseprozeß hingegen hat der Konkursverwalter in gesetzlicher Vertretung des Sondergutsträgers (des Gemeinschuldners als solchen) zu führen. Er führt den Rechtsstreit im fremden Namen, um fremde Rechte und Pflichten, in fremdem Interesse. Auch die „Herrschaft über den Prozeß", die der Verhandlungsgrundsatz den Parteien zugesteht, übt der Konkursverwalter ganz wie sonst ein gesetzlicher Vertreter nur als eine fremde aus. Kein Rechtssatz der ZPO., der für die Partei und ausschließlich für sie (nicht auch für Vertreter) gilt, paßt auf den Konkursverwalter in Masseprozessen. So z. B. nicht die §§ 41 Nr. 3, 91, 239, 325, 383, 393 ZPO. Ihn Partei („Partei kraft Amtes") zu nennen, aber gleichwohl diese Rechtssätze nicht auf ihn, sondern auf den Masseträger anzuwenden, ist glatte Selbstwiderlegung, nicht „Analogie".

Wie Rechtsgeschäfte, die der Konkursverwalter kraft seiner gesetzlichen Vertretungsmacht abschließt, den Masseträger endgültig (auch für die Fälle eines Zwangsvergleichs oder einer Konkurseinstellung) binden, so wirken Urteile auf Masse-

---

[1]) Sie ist weder Vollmacht noch Auftrag, sondern eine selbständige Rechtseinrichtung.

[2]) Der § 6 entzieht dem Gemeinschuldner lediglich die Prozeßführungsbefugnis und auch sie nur für den Bereich der Konkursmasse. Die Rüge dieses Mangels ist eine sachliche Beanstandung und hat mit den Besonderheiten der prozeßhindernden Einreden (§§ 274, 275 ZPO.) nichts gemein.

prozesse des Verwalters endgültig Rechtskraft für und gegen den Gemeinschuldner als die vertretene Partei (§ 325 I ZPO.). Diese Rechtskraft kommt dem früheren Gemeinschuldner noch nach dem Konkurse zustatten, wenn der Verwalter z. B. Aus- oder Absonderungsansprüche siegreich niedergekämpft hat. Sie steht umgekehrt dem früheren Gemeinschuldner etwa dann entgegen, wenn die vom Verwalter für die Masse erhobene Eigentums- oder Pfandklage rechtskräftig als unbegründet abgewiesen worden war. Einen Parteiwechsel hat weder der Beginn noch das Ende des Konkurses noch auch die Freigabe des umstrittenen Gegenstandes an den Gemeinschuldner zur Folge. Keiner dieser Vorgänge löst eine Rechtsnachfolge im Sinne der §§ 265, 325, 727 ZPO. aus. Einer Umstellung der Vollstreckungsklausel bedarf es daher beispielsweise weder dann, wenn der Konkursverwalter den vor Konkursbeginn zugunsten des jetzigen Gemeinschuldners vollstreckbar zuerkannten Eigentumsherausgabeanspruch für die Masse verwirklichen, noch dann, wenn ein Aussonderungsberechtigter einen gegen den Verwalter erwirkten Titel nach Konkursbeendigung gegen den bisherigen Gemeinschuldner vollstrecken will.

Im allgemeinen sei auf die Ausführungen oben S. 11ff. unter I 1 verwiesen. Die dort erwähnten Angriffe der Freirechtsschule richten sich auch gegen unsere „Konstruktion" der prozeßrechtlichen Verhältnisse. Daß Anhänger der sog. Amtstheorie, die jede Vertreterstellung des Verwalters leugnet, zu ähnlichen Ergebnissen gelangen wie wir, trifft zu. Es fragt sich nur, inwieweit bei solchem Verzicht auf die Konstruktion noch von einer Gesetzesanwendung die Rede sein kann. Es fehlt auch für den Zivilprozeß nicht an schweren Entgleisungen, die darauf zurückzuführen sind, daß mit der Annahme eigner Parteistellung des Konkursverwalters Ernst gemacht wird. Dahin gehört aus neuester Zeit z. B. die Ansicht des OLG. München, LZ. 1917, Sp. 935, Nr. 4, daß die Kosten des verlorenen Masseprozesses der Konkursverwalter selbst als unterliegende Partei im Sinne des § 91 ZPO. zu tragen habe[1]). Daß die Zeugnisfähigkeit des Gemeinschuldners in Masseprozessen, das Hauptziel der Amtstheorie, sich aus der Parteieidesunfähigkeit des Schuldners ergibt, ist oben S. 13 N. 1 bereits gesagt. Parteieide hat nach § 473 I ZPO. der Konkursverwalter wie sonst ein prozeßführender Pfleger[2]) zu leisten. Als Zeuge ist der Gemeinschuldner nach der gesetzlichen Regel unbeeidigt zu vernehmen (§ 393 I Nr. 4 ZPO.); doch kann das Gericht seine Beeidigung anordnen (§ 393 II ZPO.). Seine Angehörigen verlieren das Zeugnisverweigerungsrecht, das ihnen nach § 383 I Nr. 1—3 ZPO. zusteht, nicht dadurch, daß an Stelle des Schuldners der Konkursverwalter den Prozeß beginnt oder weiterführt, ebensowenig, als sie es einbüßen würden, wenn an Stelle des entmündigten Schuldners dessen Vormund prozessierte. Bei folgerechter Durchführung der Amtstheorie werden sie aussagepflichtig, was Breit, JurW. 1916, S. 1083 für das befriedigendere Ergebnis hält. Führte der Schuldner den Prozeß persönlich, dann wäre er in der Form des Parteieides auskunftspflichtig, der nahe Angehörige aber zur Zeugnisverweigerung berechtigt. Löst nun ein gesetzlicher Vertreter den Schuldner in der Parteieidesfähigkeit ab, dann setzt die ergänzende Zeugnisfähigkeit und Zeugnispflicht des Schuldners ein. Was an diesem Ergebnis uneben sein sollte, ist nicht recht einzusehen. Welcher innere Grund aber rechtfertigt es, den Angehörigen bei solchem Wechsel das Weigerungsrecht zu entziehen? Endlich soll es widerspruchsvoll sein, den Gemeinschuldner in Masseprozessen als Partei und zugleich als Dritten im Sinne der Vorschriften über die Nebenintervention (§§ 66ff. ZPO.) zu betrachten (a. a. O. S. 1084). Er ist aber Partei nicht in seiner Gesamtpersönlichkeit, sondern nur als Träger des konkursbefangenen Sondervermögens. Bei solcher Spaltung wird auch sonst die Interventionsfähigkeit der Partei anerkannt[3]). Übrigens fehlt es auch in der neuen Rechtsprechung des Reichsgerichts keineswegs an Entscheidungen, die den Gemeinschuldner als die Partei des Masseprozesses bezeichnen oder doch erkennbar davon ausgehen (z. B. Bd. 53, S. 352;

[1]) Auch die Versagung des Armenrechts für Prozesse einer dürftigen Konkursmasse (vgl. z. B. RG. Bd. 33. S. 367) ist ein unerfreuliches Ergebnis der Amtstheorie. Das springt besonders in die Augen, wenn ein Aktivprozeß in erster Instanz vom jetzigen Gemeinschuldner im Armenrecht gewonnen war und nun in den höheren Instanzen vom Konkursverwalter (§ 10) für die Masse durchgeführt werden soll. Daß die Dürftigkeit der Masse (des Gemeinschuldners als solchen) und nicht die des Verwalters entscheiden muß, kann ernsthaft nicht bestritten werden.

[2]) Auch bei Prozeßfähigkeit des Gemeinschuldners. Die Brücke zur Anwendbarkeit des § 473 I schlägt alsdann der § 53 ZPO., der auch für unsere Vermögenspflegschaft gilt und dem Mangel abhilft, der sich daraus ergibt, daß die Vorschriften der ZPO. über gesetzliche Vertreter nur den Hauptfall der Vertretung nichtprozeßfähiger Parteien berücksichtigen (§ 51 ZPO.).

[3]) Siehe statt aller Seuffert, ZPO.[11], zum § 66.

Bd. 73, S. 315; LZ. 1908, Sp. 705f.; 1911, Sp. 153f.). Vgl. neuestens auch RG. Bd. 105, S. 314 (Freigabe keine Nachfolge in Rechte des Verwalters)[1]).

II. Da der Gemeinschuldner für den Bereich der Konkursmasse die Prozeßführungsbefugnis an den Konkursverwalter verloren hat (§ 6), können Masseprozesse wirksam nur von und gegenüber dem Konkursverwalter begonnen werden. Wie aber steht es mit solchen Rechtsstreitigkeiten des Gemeinschuldners, die zur Zeit der Konkurseröffnung anhängig sind? Manchen Prozeß mag der in Vermögensverfall geratene Schuldner nur deshalb heraufbeschworen haben, weil er die Vollstreckung hinauszögern wollte. Aber auch in Fällen, in denen der Schuldner seinen Angriff oder seine Verteidigung für berechtigt hält, darf schon mit Rücksicht auf das hohe Kostenrisiko (§ 59 Nr. 1) fortab nicht mehr sein Wille, sondern nur der des Konkursverwalters maßgebend sein. Damit nun der Verwalter ungestört überlegen könne, ob es im Interesse der Konkursmasse liegt, für deren Rechnung schwebende Prozesse weiterzuführen, läßt das Gesetz einen Prozeßstillstand eintreten: alle die Masse angehenden Rechtsstreitigkeiten werden im Zeitpunkte der Konkurseröffnung sofort und von Rechts wegen **unterbrochen** (§ 240 ZPO.). Die Unterbrechung tritt ein ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner prozeßfähig oder (etwa als entmündigter Verschwender) prozeßunfähig, ob er bei Konkursbeginn durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist oder nicht[2]). Sie trifft aber nur den anhängigen Zivilprozeß, diesen auch als Verfahren auf Schiedsurteil, (§§ 18ff. EntlVO., RGBl. 1924 I 552), auch als Mahnverfahren und als Wechselprozeß, nicht dagegen ein schiedsrichterliches Verfahren im Sinne des 10. Buches der ZPO. und nicht die Zwangsvollstreckung. Bloßen Konkursgläubigern verwehrt der § 14 wie den Beginn so auch die Fortsetzung des Einzelzugriffs. War dieser aber bereits bis zum Erwerb eines Absonderungsrechtes, besonders eines Pfändungspfandrechtes, gediehen, dann steht dem Gläubiger — unbeschadet der Konkursanfechtung (§ 35) — auch die Durchführung der Sondervollstreckung offen.

1. Unterbrochen werden nur Prozesse, welche die Konkursmasse (§ 1) aktiv oder passiv betreffen. Das umstrittene Recht muß also zu Gunsten oder zu Lasten des nun konkursbefangenen Vermögens in Anspruch genommen sein, einerlei, ob der Schuldner Kläger oder Beklagter ist[3]). Vom Konkurs unberührt bleiben dagegen Prozesse über nichtvermögensrechtliche Ansprüche[4]) oder über konkursfreie Vermögensrechte des Gemeinschuldners[5]). Der Sonderkonkurs unterbricht nur

---

[1]) Daß der Gerichtsstand für Masseprozesse nicht durch die persönlichen Verhältnisse des Konkursverwalters, sondern durch die des Schuldners bestimmt wird (§§ 13, 15—17, 20 ZPO.), darf als feststehend gelten. Einen allgemeinen Gerichtsstand der Masse, den die Rechtslehre ganz vereinzelt und mit Unrecht aus § 17 ZPO. abzuleiten versucht hat, erkennt die Praxis nicht an. Wohl aber pflegt während des Konkurses ein vorher begründeter allgemeiner Gerichtsstand des Gemeinschuldners fortzubestehen (vgl. §§ 71, 238 KO.), zu dessen Festhaltung der Wohnortszwang (§ 101 KO.) wesentlich beiträgt. Sollte der Gemeinschuldner aber ins Ausland flüchten, dort den ausschließlichen Wohnsitz begründen und damit seinen allgemeinen Inlandsgerichtsstand aufgeben (vgl. § 16 ZPO.), dann käme das Gericht des bisherigen allgemeinen Gerichtsstandes tatsächlich immer noch als Vermögensforum für künftige Prozesse gegen die Masse in Betracht (§ 23 ZPO.). Für die Konkursfeststellungsprozesse gilt die Besonderheit des § 146 II KO.

[2]) Die Prozeßvollmacht in Massesachen erlischt. Siehe oben S. 27 Note 1. Der Konkurs bildet einen durchaus selbständigen und tatsächlich den wichtigsten Prozeßunterbrechungsgrund. Mit dem Falle des Verlustes der Prozeßfähigkeit hängt diese Unterbrechung nicht zusammen. Vgl. einerseits § 240, andrerseits §§ 241, 246 ZPO.

[3]) So wird unterbrochen z. B. seine Forderungsklage auf Übereignung eines gekauften Grundstücks wie seine Eigentumsfeststellungsklage, so aber auch die gegen ihn gerichtete Kaufpreisklage und die Klage auf Feststellung seines Nichteigentums. Daß auch zu Lasten der Konkursmasse schwebende Prozesse unterbrochen werden, folgt aus dem Zwecke des § 240 ZPO. und wird durch die §§ 11, 144 II, 146 III KO. bestätigt.

[4]) So schwebende Ehesachen, aber z. B. auch Klagen auf Unterlassung unbefugter Führung eines Namens oder einer Firma.

[5]) Wie z. B. familienrechtliche Unterhaltsansprüche des Gemeinschuldners (§ 850 Nr. 2 ZPO., § 1 KO.).

Prozesse mit Beziehung auf die Sonderkonkursmasse, ein Nachlaßkonkurs also nur Prozesse über Nachlaßaktiven oder Nachlaßpassiven, nicht über eingeklagte Eigenansprüche oder Eigenschulden des Erben.

2. Die Folgen der Prozeßunterbrechung regelt der mangelhaft gefaßte § 249 ZPO. Sie treten unmittelbar mit Konkurseröffnung (§ 108 KO.) und auch dann ein, wenn Anwälte und Gerichte, wie das beim Schweben des Prozesses in höherer Instanz nicht selten vorkommt, von der Konkurseröffnung noch keine Kenntnis haben. Diese Folgen sind:

a) Der Lauf einer Prozeßfrist, mit Einschluß der Notfristen, wird abgebrochen Die Frist beginnt ohne weiteres, aber nun wieder ganz von neuem, zu laufen, sobald der Prozeßstillstand aufhört[1]) (§ 249 I ZPO.).

b) Handlungen einer Partei, die nicht gerade der zur Beseitigung des Prozeßstillstandes vorgesehenen Prozeßaufnahme dienen, sind für unwirksam erklärt „der anderen Partei gegenüber", d. h. in deren Interesse (§ 249 II ZPO.). Namentlich setzt die von einer Partei betriebene Urteilszustellung während der Unterbrechung eine Rechtsmittelfrist nicht in Gang, und zwar für keine der Parteien. Da aber die Unwirksamkeit nur zum Schutze des Gegners verordnet ist, heilt sie durch dessen Verzicht oder Rügeversäumung nach § 295 I ZPO.

c) An die Außenwelt gerichtete Prozeßhandlungen des Gerichts sind während der Prozeßunterbrechung unstatthaft. Nur die Verkündung einer Entscheidung, die noch auf Grund einer schon vor dem Konkurse geschlossenen Verhandlung zu erlassen ist, erlaubt das Gesetz (§ 249 III ZPO.[2])). Verstöße gegen das Regelgebot[3]) müssen durch den nach Lage des Einzelfalles zulässigen Anfechtungsbehelf (Rechtsmittel, Einspruch, Nichtigkeitsklage nach § 579 Nr. 4 ZPO.) rechtzeitig gerügt werden[4]). Sonst bleibt die Entscheidung bei Bestand. Die innere Gerichtstätigkeit (Beratung, Abstimmung, inhaltliche Fassung der Entscheidung) wird durch den Prozeßstillstand überhaupt nicht unterbunden.

III. Die **Dauer** der Prozeßunterbrechung begrenzt der § 240 ZPO. bis zu der Zeit, da entweder der Prozeß „nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen" oder „das Konkursverfahren aufgehoben" wird.

1. Für die konkursmäßige Prozeßaufnahme sind folgende Möglichkeiten zu unterscheiden:

A. **Aktivprozesse.** Die erste Gruppe bilden solche Rechtsstreitigkeiten, durch die Vermögensgegenstände „für den Gemeinschuldner" (als solchen), d. h. als

---

[1]) Waren etwa am Tage der Konkurseröffnung zwei Drittel der Berufungsfrist (§ 516 ZPO.) verstrichen, dann beginnt, sobald z. B. eine den Konkurs und damit den Prozeßstillstand beendende Einstellung „bewirkt" ist (§§ 205, 76 I 2 KO.), die volle Monatsfrist von neuem zu laufen, ganz von selbst und einheitlich für beide Parteien, einerlei, ob sie sich dieses Wiederbeginns bewußt sind oder nicht.

[2]) Den Regelsatz, die Unstatthaftigkeit jeder Tätigkeit des Gerichts nach außen, ergibt die Ausnahme des § 249 III ZPO. Diese besagt für unsern Fall: Wird der Konkurs erst eröffnet, nachdem die mündliche Verhandlung geschlossen war, dann ist das Gericht trotz Kenntnis der Unterbrechungstatsache ermächtigt und bei Spruchreife verpflichtet (vgl. § 300 ZPO.), die Entscheidung nicht nur ihrem Inhalte nach durch Beratung und Abstimmung festzustellen, sondern ihr auch durch Verkündung die Wirksamkeit nach außen zu verleihen. Das RG. (JurW. 1916, S. 326) folgert so: nach § 249 II ZPO. sei die mündliche Verhandlung der Parteien während der Unterbrechung unwirksam; diese Unwirksamkeit erstrecke sich auf das Urteil. Die Begrün- ist schief, schon mit Rücksicht auf den § 295 I ZPO.

[3]) Also z. B. Erlassung des Urteils auf Grund einer Verhandlung, die trotz der Unterbrechung in deren Unkenntnis stattgefunden hat.

[4]) Anfechtbarkeit, keine Nichtigkeit! Gegenüber Nichtversäumnisurteilen, die das RG. in Unkenntnis der Unterbrechung erlassen hat, eröffnet sich nur der Weg des § 579 Nr. 4 ZPO.: der Gemeinschuldner war als Partei nicht nach Vorschrift der Gesetze „vertreten". Genehmigung heilt aber den Mangel rückwirkend. Diese Genehmigung im Sinne des § 579 Nr. 4 ZPO. steht nach Maßgabe der §§ 6, 7, KO. ausschließlich beim Konkursverwalter in Zwangsvertretung „der Partei". Für eine vom Gemeinschuldner persönlich ausgehende Aufnahme und Anfechtung ist daher kein Raum (abw. RG., JurW. 1916, S. 324ff., dagegen dort die Note).

Bestandteile der Teilungsmasse in Anspruch genommen werden. Wir nennen einen solchen Prozeß Teilungsmassestreit. Beispiele: Die vom nachmaligen Gemeinschuldner erhobene Eigentumsklage auf Feststellung seines Rechtes wie auf Herausgabe seiner nun zur Konkursmasse gehörenden Sache oder seine Klage auf Zahlung eines nun der Masse gebührenden Kaufpreises. Diejenige Partei, die das umstrittene Recht geltend macht, ist hier der Gemeinschuldner[1]), nicht der Gegner. Darum darf dem letzteren zugemutet werden, erst einmal die Entschließung des Verwalters darüber, ob er das Recht für die Masse in Anspruch nehmen will, abzuwarten. So erklärt sich der § 10: der Konkursverwalter und nur er hat die Wahl, ob er den Prozeß aufnehmen oder die Aufnahme ablehnen will. Die Aufnahme erklärt er durch Zustellung eines Schriftsatzes im Parteibetrieb, im amtsgerichtlichen Verfahren durch eine bei Gericht einzureichende oder zu Protokoll zu erklärende, von Amts wegen zuzustellende Aufnahmeerklärung (§§ 250, 496, vgl. § 295 ZPO.). Gewohnheitsrechtlich gilt es als genügend, daß der Aufnahmewille dem anwesenden Gegner in der mündlichen Verhandlung erklärt wird[2]). Eine Form für die Ablehnung schreibt das Gesetz überhaupt nicht vor. Der Verwalter kann den Ablehnungswillen auch in schlüssigem, außergerichtlichem Verhalten zum Ausdruck bringen. Bei seiner Entschließung hat er sich nur durch den Vorteil der Masse leiten zu lassen. Lehnt er ab, so gibt er damit das umstrittene Recht aus der Masse frei: sowohl der Schuldner persönlich als der Gegner kann nun den Prozeß aufnehmen (§ 10 II). Ein späterer Sieg des Schuldners kommt der Masse nicht mehr zustatten[3]). Wenn der Verwalter die Entscheidung verzögert, so finden die bei Prozeßunterbrechung durch den Tod einer Partei geltenden Vorschriften des § 239 ZPO. entsprechende Anwendung (§ 10 I 2). Der Prozeßgegner darf also den Konkursverwalter zur Aufnahme und, wenn der Konkurs vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung eröffnet ist, zur Verhandlung der Hauptsache laden[4]).

B. **Passivprozesse.** Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, die „gegen den Gemeinschuldner“ anhängig sind, unterliegen ihrerseits wieder einer verschiedenen Behandlung:

a) Meist bildet der zu Lasten des Schuldners rechtshängige Anspruch eine Konkursforderung (eine einfache oder eine bevorrechtigte), die vom Gegner behauptete Verbindlichkeit also einen Bestandteil der Schuldenmasse. Wir nennen einen solchen Prozeß Schuldenmassestreit[5]). Hier gebietet der Zweck des Konkurses, daß der Gläubiger, der Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse begehrt, am gemeinschaftlichen Verfahren teilnehme, also zunächst einmal seine Forderung anmelde (§§ 12, 138ff.). Nun fragt es sich, wie das Prüfungsverfahren (§§ 141ff.) verläuft. Unterbleibt jeder Widerspruch, dann erledigt die konkursmäßige Feststellung (§ 144 I) auf die einfachste Weise den Prozeß. Soweit aber das Konkursgläubigerrecht des Anmelders bestritten wird, hat dieser — in Fällen

---

[1]) Er ist es auch dann, wenn er das Recht gegenüber einer seinen Bestand leugnenden negativen Feststellungsklage als bestehend in Anspruch nimmt, wenn er es also in der Beklagtenrolle verfolgt. Auch dieser Prozeß fällt (bei Massezugehörigkeit des Rechtes) unter den § 10.

[2]) Einer Zustimmung des Gegners im Sinne des § 295 ZPO. bedarf es nicht Siehe z. B. RG. Bd. 78, S. 344.

[3]) Die Ablehnung hat sonach nicht nur prozeßrechtliche, sondern zugleich materiellrechtliche Wirksamkeit. Sie führt als Freigabe keinen Parteiwechsel und keine Rechtsnachfolge im Sinne des § 265 ZPO. herbei. Siehe auch RG. Bd. 79, S. 28; Bd. 105, S. 314. Wenn umgekehrt der Gemeinschuldner nach Ablehnung des Verwalters im weitergeführten Prozeß unterliegt, kommt der Kostenerstattungsanspruch des Gegners weder als Massegläubigerrecht noch als Konkursforderung, sondern als ein nur vom Schuldner persönlich zu tragender Anspruch zustande.

[4]) Vor den Amtsgerichten ist eine Ladung im Amtsbetriebe nach Maßgabe der §§ 496, 497 ZPO. zu erwirken.

[5]) Beispiele: Der jetzige Gemeinschuldner ist als Käufer empfangener Waren auf Zahlung des Kaufpreises, als Darlehnsempfänger auf Rückerstattung, wegen Verzugs oder unerlaubten Verhaltens auf Schadensersatz verklagt. So auch dann, wenn er bereits verurteilt, das Urteil bei Konkursbeginn aber noch nicht rechtskräftig ist (vgl. § 146 VI).

des § 146 VI der Widersprechende — durch Prozeßaufnahme den Streit zum Austrage zu bringen (§§ 144 II, 146 III)[1]).

b) Der gegen den Gemeinschuldner schwebende Rechtsstreit kann aber auch um ein Recht anhängig sein, das jetzt, da der Konkurs eröffnet ist, sich nicht als bloße Konkursforderung, sondern als Aussonderungs-, Absonderungs- oder Massegläubigerrecht darstellt, somit nicht ein zur Schuldenmasse gehörendes Passivum bildet, sondern vorweg der Teilungsmasse zur Last fällt. Diese Art des Passivprozesses nennen wir den Teilungsmassegegenstreit[2]). Hier wird der Gegenpartei, weil sie selbst es ist, die ein Recht verfolgt, nicht zugemutet, erst die Entschließung des Verwalters abzuwarten. Vielmehr kann sowohl der Konkursverwalter als der Gegner den Prozeß durch alsbaldige Aufnahme weiterbetreiben (§ 11 I). Wenn der Konkursverwalter den Anspruch der Gegenpartei sofort anerkennt, diese also mit ihrer Rechtsbehauptung durchdringt, wird die Prozeßkostenschuld (§ 91 ZPO.) nicht „als ihm zur Last fallend", d. h. nicht als eine durch Handlung des Verwalters ausgelöste und dementsprechend nach § 59 Nr. 1 zu den Masseschulden zählende Verbindlichkeit, sondern als gewöhnliche Konkursforderung behandelt. Das ist der Sinn des § 11 II, nicht aber — wie eine seltsame Buchstabenauslegung gelehrt hatte —, daß der Sieger die Kosten zu tragen hätte[3]).

2. Abgesehen von der konkursmäßigen Prozeßaufnahme endet nach § 240 ZPO. die Unterbrechung, wenn „das Konkursverfahren aufgehoben wird". War also der Rechtsstreit nicht schon während des Konkurses aufgenommen worden, so hört nun die Unterbrechung von selbst auf. Der bisherige Gemeinschuldner hat jetzt auch in Ansehung der Konkursmasse die Verfügungsmacht wiedererlangt und führt ohne weiteres den schwebenden Masseprozeß fort[4]). Darum bedarf es keiner besonderen Aufnahme, auch nicht durch formlose Anzeige. Unterbrochene Fristen fangen sofort und von selbst wieder zu laufen an[5]). Ein Versäumnisverfahren ist beim Ausbleiben des Schuldners alsbald zulässig. Eine vom Verwalter erteilte Prozeßvollmacht bleibt nach § 86 ZPO. wirksam. Der Ausdruck „aufgehoben" wird vom § 240 ZPO. nicht im Fachsinne der KO. gebraucht. Er umfaßt nach dem Zwecke der Vorschrift außer der „Aufhebung" der §§ 163, 190 KO. auch die Einstellung nach §§ 202, 204 KO. und selbst die Aufhebung des Konkurseröffnungsbeschlusses im Beschwerdeverfahren (§ 109 KO.)[6]).

IV. Für den Bereich einer vom Konkursgericht angeordneten Nachtragsverteilung (§ 166) lebt die gesetzliche Vertretungsmacht des Konkursverwalters wieder auf. Er wird durch die gerichtliche Anordnung der Nachtragsverteilung

---

[1]) Darüber das Nähere unten S. 133.

[2]) Beispiele: Der Schuldner ist verklagt auf Herausgabe einer bei ihm hinterlegten Sache (Aussonderung, § 43), auf Zahlung einer Grundschuld aus einer nun zur Masse gehörenden Liegenschaft (Absonderung, §§ 47ff.) oder auf Leistung aus einem beiderseits unerfüllten Kaufvertrage, dessen Erfüllung der Verwalter nach § 17 verlangt (Masseschuld, § 59 Nr. 2). Auch hier entscheidet die Parteirolle nicht schlechthin. Meist ist zwar der Gemeinschuldner der Beklagte. Dem § 11 untersteht z. B. aber auch die vom Gemeinschuldner selbst erhobene negative Feststellungsklage, die eine vom Beklagten behauptete Dienstbarkeit oder Hypothek an einem Massegrundstück leugnet.

[3]) Die ganze neuere Praxis stimmt zu (z. B. Seuff A. 59, Nr. 113; 61, Nr. 184; OLG. 15, S. 226; LZ. 1907, Sp. 922; 1910, Sp. 485). Anders liegt der Fall des § 93 ZPO.

[4]) Die Zwangsvertretung erlischt, die Partei erlangt die Machtbefugnisse zurück, die den Vertreter ausschalten. Daher kommt es nicht, wie in Fällen des § 241 ZPO., zu einer abermaligen Prozeßunterbrechung. Von unserm Standpunkt aus vollzieht sich weder ein Parteiwechsel noch eine Rechtsnachfolge im Sinne des § 265 ZPO.

[5]) Siehe das Beispiel S. 31 Note 1.

[6]) Andernfalls würden mit Rücksicht auf die Unterbrechungsfolgen (die z. B. eine Notfristwahrung inzwischen ausschlossen) unlösbare Schwierigkeiten eintreten. Sonst freilich beseitigt eine solche Rückgängigmachung des Konkurses rückwirkend alle unmittelbaren Konkursfolgen.

trotz förmlicher Konkursbeendigung wiederum zur Führung — zur Neuerhebung wie zur Fortsetzung — von Masseprozessen ermächtigt[1]).

V. Besonderheiten gelten für Anfechtungsprozesse des Verwalters. Darüber unten S. 118f.

II. Die Konkursgläubiger.

§ 9.

1. Begriff der Konkursgläubiger.

I. **Konkursgläubiger** sind nach § 3 alle persönlichen Gläubiger, die einen erzwingbaren, bei Konkurseröffnung begründeten und aus dem Vermögen des Schuldners zu erfüllenden Anspruch haben. Ein solcher Anspruch heißt Konkursforderung.

1. Konkursgläubiger sind nur persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners. Den Gegensatz zur persönlichen Haftung bildet die Haftung kraft dinglicher Belastung. So fehlt es an einer Konkursforderung, wenn eine nun zur Masse gehörende Sache für fremde Schuld verpfändet ist. Die persönliche Haftung kann unbeschränkt, sie kann aber auch dem Betrag oder dem Gegenstande nach beschränkt sein. Beschränkte persönliche Haftung liegt z. B. vor in den Fällen des § 171 HGB., der §§ 419, 1480, 1504, 1975ff., 2187 BGB. (vgl. § 786 ZPO.). Die Beschränkung hat der Konkursverwalter in Ausübung der Rechte des Schuldners (§ 6) geltend zu machen[2]).

Mitgliedsrechte der Teilhaber im Konkurse der Handelsgesellschaften sind keine Konkursforderungen. Die „Geschäftsanteile" stellen die Hauptunterlage des Kredits der Firma dar, nicht aber Forderungen an die Gesellschaft[3]). Die Massegläubigerrechte bilden eine besondere Art von Ansprüchen (§ 57).

2. „Vermögensansprüche" im Sinne des § 3 I KO. sind Forderungen auf geldwerte, aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zu entrichtende Leistungen. Demnach scheiden aus: einmal Ansprüche, die ihrem Inhalte nach überhaupt nicht „aus dem Vermögen" zu befriedigen, sondern auf ein persönliches Tun (z. B. Auskunfterteilung, Rechnungslegung) oder Lassen des Schuldners (z. B. Nichtgebrauch eines Namens oder einer Firma) gerichtet sind; sodann Ansprüche auf Herausgabe von Gegenständen, die nicht im Vermögen „des Gemeinschuldners" stehen (z. B. auf Rückgabe von ihm entliehener oder verwahrter Sachen, § 43). Der aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zu erfüllende Anspruch kann schuldrechtlicher, aber z. B. auch sachen-, familien- oder erbrechtlicher Herkunft sein. Ist er nicht auf einen bestimmten Geldbetrag (sondern z. B. auf Übereignung oder Rückübereignung einer Einzelsache, auf Gewährung von Kost und Wohnung) gerichtet, so hat ihn der anmeldende Gläubiger für den Konkurs in Geld zu veran-

---

[1]) Vgl. RG. Bd. 28, S. 68; Bd. 32, S. 74.

[2]) So ist z. B. der Verwalter im Konkurs über das Gesamtvermögen des Erben ermächtigt (§ 6) und unter persönlicher Verantwortlichkeit (§ 82) verpflichtet, die erbrechtliche Gütersonderung zu erwirken, wenn der Stand des ererbten Vermögens erheblich ungünstiger ist als der des eigenen (§ 1975 BGB., § 73 AufsVO.). Das geschieht in Ausübung der Beschränkungsrechte des Erben kraft objektiver Würdigung der Lage, nicht in Sonderbegünstigung der Eigengläubiger.

[3]) Weder kann der Aktionär im Konkurse der Aktiengesellschaft seine Aktieneinlage noch der Teilhaber im Konkurse der offenen Handelgesellschaft oder Kommanditgesellschaft seinen aktiven Kapitalanteil (obgleich diesen die kaufmännische Buchführung als Guthaben an die Firma bucht) als Konkursforderung verfolgen. Dagegen darf der stille Gesellschafter seine Einlage als Konkursgläubiger zurückfordern, soweit sie seinen vertragsmäßigen Verlustanteil übersteigt (§ 341, vgl. § 342 HGB.). Denn er hat anders als der Kommanditist keinen Anteil am Geschäftsvermögen (§ 335 HGB.). Vielmehr bildet sein Rückforderungsanspruch, soweit er die seine Garantiehaft begrenzende Verlustbeteiligung übersteigt, ein gewöhnliches Gläubigerrecht (ein Kreditum). Näheres unten S. 146.

schlagen. Eine ausländische Währung hat er in die Reichswährung umzuwerten (§ 69). In jedem Falle ist der Wert bei Konkursbeginn endgültig maßgebend[1]). Die Schätzung bedeutet keine Verwandelung der Ansprüche, vollends nicht einen Übergang in Schadensersatzforderungen. Vielmehr bildet die Veranschlagung zunächst nur die für die Teilnahme am deutschen Konkurs unerläßliche Art der Geltendmachung. Würde dieser alsbald wieder eingestellt (§ 204), dann könnte die noch unerfüllte Forderung in ihrem ursprünglichen Inhalt und nur in diesem gegenüber dem Schuldner selbst und mithaftenden Dritten (z. B. Bürgen) verfolgt werden. Wohl aber hat die Feststellung zur Konkurstabelle, da sie rechtskräftiger Verurteilung gleich steht (§§ 145 II, 164 II, 194), eine nachhaltige Inhaltsänderung zur Folge: fortab kann weder der Gläubiger noch der Schuldner einseitig auf den ursprünglichen Inhalt des Anspruchs zurückkommen[2]). Eine Abschätzung nach § 69 greift auch Platz bei Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen, die entweder dem Betrag oder der Zeitdauer nach unbestimmt sind (z. B. bei Renten auf Lebenszeit, bis zur Wiederverheiratung). Nur solche wiederkehrende Hebungen die nach Betrag und Zeitdauer bestimmt sind, werden nach Maßgabe des § 70 kapitalisiert[3]).

Reichswährung im Sinne des § 69 ist das reichsgesetzliche, mit allgemeinem Annahmezwang ausgestattete Zahlungsmittel. Als solches hat infolge des Weltkriegs die Goldmark der Papiermark weichen müssen. Jene war Zahlungsmittel und Wertmesser zugleich. Diese büßte, einmal ins Gleiten geraten, die Eignung als Wertmesser vollkommen ein. Die ungeheuren Wertunterschiede zwischen Gold- und Papiermark, zwischen besserer und schlechterer Papiermark fanden aber auch zur Zeit des schlimmsten Währungsverfalls in der Konkurspraxis keine ausreichende Berücksichtigung. Wer im Oktober 1913 dem Schuldner hunderttausend Goldmark, wer ihm im Oktober 1919 ebenso viele Papiermark dargeliehen hatte, der durfte zu einem im Oktober 1923 eröffneten Konkurse im allgemeinen nur hunderttausend Papiermark anmelden, nicht etwa ein Vielfaches, berechnet nach dem Wertunterschied zwischen Gold- und Papiermark, zwischen besserer und schlechterer Papiermark. Je länger bei fortschreitender Geldentwertung der Konkurs dauerte, um so trostloser gestaltete sich die Lage der Gläubiger. Diesen Mißständen suchte endlich die oben S. 7 genannte VO. vom 14. Februar 1924 über die Goldmarkrechnung im Konkurse Einhalt zu gebieten. Um wieder einen festen Wertmesser für die Behandlung der Konkursforderungen zu gewinnen, bestimmte sie, daß der Goldmarkwert des Eröffnungstages dauernd maßgebend sein sollte. Die Frage, ob bei dieser Berechnung auf die eben bezeichneten Wertunterschiede Rücksicht zu nehmen sei, ob eine sog. Aufwertung oder nur eine Festhaltung des am Eröffnungstage bestehenden Wertes stattzufinden habe, sollte nach der Begründung der VO. offen bleiben. Dem Gedanken des § 69 KO. entspricht es aber, in allen Fällen, in denen die für Konkurszahlungen maßgebende Währung von anderer Güte ist als diejenige, auf welche die Forderung lautet, eine „Schätzung" des Wertes der Forderung eintreten zu lassen. Wie diese Wertung vorzunehmen und welche Höchstgrenze etwa einzuhalten sei, das bestimmt sich nach den außerhalb des Konkurses maßgebenden Regeln[4]). Nur gebietet ein oberster Grundsatz des Konkurses, das Prinzip der Gleichbehandlung aller Konkursgläubiger, sämtliche Forderungen nach einheitlichem Maßstabe zu werten, einerlei, ob der Gläubiger Inländer oder Ausländer, ob seine Forderung in inländischer oder in ausländischer Währung ausgedrückt ist. Muß der Goldmarkgläubiger sich die Minderung seiner Forderung auf ein Zehntel ihres wahren Wertes gefallen lassen, dann hat auch der „Valutagläubiger" solche Abwertung zu tragen.

---

[1]) Das entspricht dem Grundsatze des § 3 I KO.

[2]) So die herrschende Lehre, nun auch RG. Bd. 93, S. 213 (str.), Dasselbe gilt für den § 70. Ein die Gläubiger auf Geldprozente beschränkender Zwangsvergleich trifft mit dieser Wirkung alle einfachen Konkursgläubiger, auch nichtanmeldende (§ 193), und dementsprechend auch solche, deren Ansprüche nach § 69 (§ 70) zu veranschlagen waren, aber nicht veranschlagt oder doch nicht festgestellt worden sind. Diese Folge hat im Streitfalle das Prozeßgericht klarzustellen.

[3]) Eine feste Jahresrente von 1000 auf 30, 40 oder 50 Jahre wird beim gesetzlichen Zinsfuße von 4% in allen drei Fällen gleichmäßig nur mit 25000 angesetzt. Insoweit verwischen sich die Zeitunterschiede. Für Hebungen von unbestimmter Dauer (Hauptfälle) gilt aber nicht der § 70, sondern der § 69. So namentlich für Renten oder Unterhaltsansprüche auf Lebenszeit. Der Abschätzung muß die mutmaßliche Lebensdauer des Gläubigers zugrunde gelegt werden, für deren Ermittelung die Wahrscheinlichkeitsrechnungen der Versicherungstechnik eine Stütze bieten.

[4]) Der § 5 VO. verweist in seinem nach Abfassung der Begründung ergänzten Wortlaute hinsichtlich der in schwebenden Konkursen nachzutragenden Umrechnung ausdrücklich auf die „für eine Aufwertung" bestehende gesetzliche Höchstgrenze. So hat der Aufwertungsgedanke doch eine gewisse Anerkennung gefunden.

Für alle nach § 69 vorzunehmenden Schätzungen ist einheitlich die Zeit der Konkurseröffnung und der Ort der Konkursverwaltung (der für sämtliche Konkursforderungen den Zahlungsort bildet) maßgebend[1]).

3. Der Anspruch muß bei Konkurseröffnung begründet sein. Daß er bereits fällig ist, wird nicht vorausgesetzt. Vielmehr gelangen betagte und selbst aufschiebend bedingte Forderungen im Konkurse des Schuldners zum Zuge. Auch weisen eine Reihe von Einzelvorschriften darauf hin, daß es genügt, wenn der rechtliche Grund des Anspruchs bei Konkurseröffnung gelegt ist[2]).

a) Eine bloß betagte Konkursforderung[3]) wird, soweit ihre Geltendmachung gegenüber der Konkursmasse des Schuldners in Frage steht[4]), als fällig behandelt, bei gänzlicher Unverzinslichkeit jedoch um den Zwischenzins gekürzt (§ 65; vgl. § 70). Zwischenzins (interusurium, Diskont, Rabatt) ist der Unterschied zwischen dem Gegenwartswert und dem Nennbetrag eines erst später verfallenden Anspruchs. Anmeldbar ist der Betrag, der mit seinen vom Konkursbeginn bis zur Fälligkeit berechneten gesetzlichen Zinsen (ohne Rücksicht auf Zinseszinsen) den Nennbetrag der Forderung ergeben würde[5]).

---

[1]) Das gilt besonders auch für die Fremdwährungsschulden der Lebensversicherungsanstalten. Siehe LZ. 1924 Sp. 9ff.

[2]) Siehe § 19 Satz 3, §§ 22 II, 27, 28; namentlich aber erklärt sich das Wörtchen „nur“ in der grundsätzlichen Vorschrift des § 67 lediglich aus der Annahme, daß aufschiebend bedingte Ansprüche im Sinne des § 3 schon zu den „begründeten“ zählen, obwohl sie in Wahrheit noch nicht entstanden sind.

[3]) Also ein Anspruch, bei dem lediglich noch die Fälligkeit aussteht. Von dieser und nur von ihr, sieht der § 65 I im Interesse rascher und vollständiger Schuldenbereinigung ab. Den Gegensatz bilden Rechte, deren Entstehung auf einen Termin mit sicherem Eintritt aufgeschoben ist. Eine so „befristete“ Forderung würde wie im allgemeinen bürgerlichen Rechte (§ 163 BGB.) so auch für die Konkursteilnahme (§ 67 KO.) gleich einer aufschiebend bedingten zu behandeln sein. Hätte beispielsweise die Vermächtnisanordnung, der Testamentserbe solle dem A oder dessen Erben ein Jahr nach dem Tode des Erblassers eine bestimmte Summe auszahlen, nicht nur den Sinn eines Aufschubs der Zahlungszeit, sondern den Sinn eines den Anfall nach § 2177 BGB. hinauszögernden Anfangstermines, dann würde dem Bedachten die Teilnahme am Konkurse des Beschwerten nicht nach § 65, wohl aber nach § 67 verstattet. Das entspricht auch dem § 2179 BGB.

[4]) Also besonders für die Teilnahme an Abstimmungen und Auszahlungen sowie für die Aufrechnung (§ 54 II) im Konkurse. Zu Lasten von Gesamtschuldnern und Bürgen des Gemeinschuldners tritt die Fälligkeit nicht ein. Ob sie auf die eine Konkursforderung deckende dingliche Haftung zum Zwecke der Ausfallermittlung im Sinne des § 64 erstreckt werden darf, ist bestritten. Verneinend RG. Bd. 86, S. 248; Bd. 93, S. 213; bejahend LZ. 1914, S. 1142.

[5]) Über die Art der Berechnung des Zwischenzinses ist jahrhundertelang gestritten worden. Die KO., der nun auch die §§ 1133, 1217 BGB., § 111 ZVG. folgen, hat sich entschieden für die Methode HOFFMANN („Klugheit Haus zu halten“, 1731). Hiernach darf der Betrag angemeldet werden, der bei zinsbarer Anlegung mit seinen von der Konkurseröffnung bis zum Verfalltag auflaufenden gesetzlichen Zinsen (§ 246 BGB., § 352 HGB., Art. 50 f. WO.) — aber ohne Zinseszinsen (anders die Methode LEIBNIZ, 1683) — den Nennbetrag der Forderung ergeben würde. Beim gesetzlichen Zinsfuße von 4% ist daher, wenn n den Nennwert und a die Zahl der vollen Jahre von der Konkurseröffnung bis zum Verfalltage bedeutet, folgende Gleichung zugrunde zu legen:

$$x + x \cdot \frac{4}{100} \cdot a = n; \quad x = \frac{100\,n}{100 + 4\,a}.$$

Eine genau nach 10 Jahren verfallende unverzinsliche Forderung von 28000 kommt hiernach jetzt mit 20000 in Ansatz. Denn 20000 würden zu 4% in 10 Jahren 8000 abwerfen; der Betrag von 8000 ist also Zwischenzins. Die mathematisch korrektere Leibnizmethode rechnet damit, daß der Empfänger die erhaltenen Zinsen gleich wieder zinsbar anlegt, was tatsächlich nur selten möglich sein wird. Unrichtig wäre es, einfach die Zwischenzinsen des vollen Nennbetrags (28000), für den der Gläubiger ja gar nicht befriedigt wird, abzuziehen. Diese Berechnungsart (CARPZOW, 1654) würde dahin führen, daß ein Gläubiger, dessen Kapital erst in 25 Jahren verfällt, beim gesetzlichen Zinsfuße von 4% überhaupt nichts bekäme. Ist das Kapital auch nur zu $^1/_2$ % verzinst, so wird es sofort zum vollen Nennbetrage von 28000 berücksichtigt.

Gewöhnlich ist nach Tagen zu rechnen. Dann lautet die Gleichung, wenn t die Zahl der Tage bedeutet:

$$x = \frac{36500\,n}{36500 + 4\,t}.$$

b) Aufschiebend bedingte Forderungen sind noch nicht entstanden (§ 158 mit § 163 BGB.). Allein der bedingt Berechtigte hat schon während der Schwebezeit eine rechtlich geschützte Anwartschaft (§§ 160ff. BGB., § 916 II ZPO.). Darum wird er auch im Konkurse berücksichtigt, aber während der Schwebe nur durch Sicherstellung (§ 67). Bei Abschlagsverteilungen sind die für den ganzen Forderungsbetrag berechneten Anteile zurückzubehalten. Sogar bei der Schlußverteilung wird die Forderung noch in voller Höhe berücksichtigt und die Dividende hinterlegt. Nur aussichtslose Anwartschaften scheiden für die Schlußverteilung[1]) aus. Nach Eintritt der Bedingung werden die hinterlegten Anteile ausbezahlt. Mit dem Ausfalle der Bedingung werden sie frei. §§ 154, 156, 168 Nr. 2, 169. Vgl. auch § 166[2]).

Nach dem Zwecke des § 67 steht der rechtsgeschäftlichen die gesetzliche Bedingtheit gleich. Das gilt besonders für Rückgriffsansprüche ausgleichungsberechtigter Mitschuldner oder Bürgen des Gemeinschuldners, sofern diese Ansprüche davon abhängen, daß Mitschuldner oder Bürgen den Hauptgläubiger befriedigen. Bleibt der Hauptgläubiger dem Konkurs im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit des Mithaftenden fern, so darf der letztere seinen Anspruch auf Erstattung der künftig von ihm zu leistenden Zahlung als bedingte (zunächst zur Sicherung berechtigende) Konkursforderung anmelden. Beteiligt der Hauptgläubiger sich aber selbst am Konkurse, dann verdrängt er den Eventualgläubiger. Denn die einmalige Schuldenlast des Gemeinschuldners, der doch außerhalb des Konkurses nur entweder den einen oder den anderen zu befriedigen hätte, kann sich im Konkurse nicht verdoppeln. Der Eventualanspruch (die Regreßforderung) des Mithaftenden darf daher im Konkurse nur soweit berücksichtigt werden, als der Hauptgläubiger nicht selbst am Konkurse teilnimmt[3]). Wenn der Mithaftende den Hauptgläubiger während des Konkurses voll befriedigt, erwirbt er den Hauptanspruch in der durch Anmeldung und Feststellung geschaffenen Rechtslage (vgl. §§ 426 II, 774 BGB.). Vollzahlung des Mithaftenden vor dem Konkurse schaltet den Hauptgläubiger ganz aus; aber auch Teilzahlung vor dem Konkurse bewirkt, daß für ihren Bereich der Mithaftende allein und unbedingt Konkursgläubiger geworden ist. Da die Hauptforderung in Höhe der vor dem Konkurse bewirkten Teilzahlung bei Konkurseröffnung gar nicht mehr besteht, kann nach konkursrechtlichen Grundsätzen (§§ 3 I, 68) keine Rede davon sein, daß der Hauptgläubiger etwa unter Berufung auf den Satz „nemo subrogat contra se" (§§ 426 II 2, 774 Satz 2 BGB.) noch in der ursprünglichen Höhe der Forderung am Konkurse teilnehmen dürfte[4]).

c) Auflösend bedingte Forderungen sind gegenwärtig begründet und werden dementsprechend wie unbedingte geltend gemacht (§ 66). Tritt nach Auszahlung der Dividende die Bedingung ein, so kann die Dividende nach § 812 I 2 Fall 1 BGB. zurückgefordert werden, und zwar vom Verwalter, wenn die Bedingung vor Konkursbeendigung eintritt, sonst vom früheren Konkursschuldner selbst. Ist der Gläubiger dem Schuldner gegenüber zu einer Sicherheitsleistung wegen der etwaigen Rückgewähr verpflichtet, so darf die Dividende erst nach der Sicherheitsleistung ausbezahlt werden (§§ 168 Nr. 4, 169).

d) Forderungen, die bei Konkursbeginn nicht einmal als aufschiebend bedingte begründet waren, kommen — falls sie nicht etwa Masseansprüche bilden — für den Konkurs nicht in Betracht. Sie können als Nichtkonkursforderungen in das konkursfreie Vermögen des Schuldners (z. B. in eine nach Konkursbeginn angefallene Erbschaft), aber auch nur in dieses (§ 3) vollstreckt werden und unterliegen nicht den Wirkungen eines Zwangsvergleichs (gegen §§ 14, 193). So z. B. die Ansprüche aus einem vom Schuldner persönlich während des Konkurses aufgenommenen (wenn auch schon vorher unverbindlich in Aussicht gestellten) Darlehen oder aus einer von ihm während des Konkurses verübten unerlaubten Handlung.

---

[1]) Warum erst für diese? Steht die Aussichtslosigkeit von vornherein fest, dann hat auch die Berücksichtigung bei Abschlagsverteilungen keinen Sinn.

[2]) Die Stimmberechtigung des Anwärters in den Gläubigerversammlungen, auch für die Abstimmung über einen Zwangsvergleichsvorschlag, regelt der § 96.

[3]) So seit RG. VZS. Bd. 14, S. 172 eine ständige Praxis. Vgl. z. B. RG. Bd. 32, S. 87; Bd. 37, S. 3; Bd. 42, S. 35; LZ. 1908, Sp. 943; OLG. Bd. 32, S. 386.

[4]) Im Ergebnis ebenso RG. Bd. 83, S. 401. Dagegen schützt den Hauptgläubiger der § 68, wenn ein neben dem Gemeinschuldner aufs Ganze haftender Mitverpflichteter während des Konkurses eine Teilzahlung leistet. Darüber unten S. 51.

Hinsichtlich der Unterhaltsansprüche ist zu unterscheiden:

α) Bei den familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen — des Ehegatten (§§ 1351, 1360f., 1578—1583, 1586), der Verwandten gerader Linie (§§ 1601—1615), des unehelichen Kindes (§§ 1708—1714) — geht das Gesetz (auch § 323 ZPO.) davon aus, daß sie nicht ein für allemal begründete Schuldverhältnisse darstellen, sondern auf der Grundlage des Familienverbands fort und fort neu entstehen. Den Unterhaltsansprüchen sind die Rechte der unehelichen Mutter auf Entbindungs- und Wochenbettskosten gleichgestellt (§§ 1715f.).

Aus dieser Auffassung folgt: die bezeichneten Ansprüche können für die Zukunft, d. h. für die Zeit nach Konkurseröffnung, nicht geltend gemacht werden. Nur soweit der Gemeinschuldner als Erbe des Verpflichteten haftet (§ 1967), kommen auch künftige Unterhaltsansprüche zum Zuge. Diese Ausnahme setzt also voraus: daß der ursprüngliche Unterhaltsschuldner gestorben, daß die Unterhaltspflicht auf den Erben übergegangen, und daß dieser mit seinem Gesamtvermögen oder doch mit dem Nachlaß in Konkurs geraten ist. § 3 II KO.; vgl. einerseits §§ 1360 III, 1615 (passiv unvererblich), andrerseits §§ 1351, 1582, 1586, 1712, 1715 BGB. (passiv vererblich)[1]).

Für die Vergangenheit erwachsene Unterhaltsansprüche des Familienrechts bilden Konkursforderungen. Beachte § 1613 gegen § 1711 BGB.

β) Die ausschließlich auf Rechtsgeschäft (Vertrag, Verfügung von Todes wegen) beruhenden Unterhaltsansprüche sind Konkursforderungen, wenn sie bei Konkursbeginn bereits — wäre es auch nur betagt oder bedingt — entstanden und nicht aus einer Freigebigkeit „des Gemeinschuldners" (§ 63 Nr. 4) erwachsen sind.

γ) Unterhaltsansprüche aus unerlaubter Handlung sind, wenn die unerlaubte Handlung in die Zeit vor dem Konkurse fällt, Konkursforderungen für Vergangenheit und Zukunft. So namentlich die nach § 69 zu bemessenden Rentenansprüche wegen Körperverletzung und Tötung (§§ 618 III, 843—845 BGB.). Die Unterhaltsansprüche aus Delikten bilden ein für allemal begründete Schuldverhältnisse und unterliegen als Konkursforderungen den Schranken der §§ 14, 193.

e) Das Erfordernis des Begründetseins bei Konkursbeginn schließt eine Änderung in der Person des Gläubigers während des Konkurses (z. B. durch Erbgang, aber auch durch Abtretung, Anweisung, Pfändung) nicht aus. Ja es kann infolge des im § 405 BGB. zugunsten des gutgläubigen Erwerbs verbriefter Scheinforderungen vorgesehenen Verkehrsschutzes geschehen, daß sie auf Grund einer Abtretung, die der Scheingläubiger erst während des Konkurses des Scheinschuldners vornimmt, Wirksamkeit auch gegenüber der Konkursmasse des Scheinschuldners erlangen. Nur muß der nachmalige Gemeinschuldner die Schuldurkunde vor dem Konkurse vollzogen und ausgehändigt haben. Alsdann greift der § 7 KO. dem Verkehrsschutze nicht vor[2]).

4. Der bei Konkurseröffnung begründete Vermögensanspruch muß endlich erzwingbar sein. Konkurs ist Zwangsbefriedigung. Aus „unvollkommenen Schuldverhältnissen" erwächst daher eine Konkursforderung jedenfalls in den Fällen nicht, in denen nach den Worten des Gesetzes „eine Verbindlichkeit nicht begründet" wird. So beim Versprechen eines Ehemakellohns, bei Spiel- und Wettschulden (§§ 656, 762—764 BGB.; Ausnahme: § 58 BörsG.). Der Anmeldung kann sich nicht bloß der Konkursverwalter, sondern auch jeder einzelne Konkursgläubiger widersetzen (§ 144 I KO.). Dasselbe wird von dem durch Zwangsvergleich erlassenen Bruchteil eines Anspruchs (§ 193) und wohl auch von der verjährten Forderung (§§ 222, 390 BGB.) gelten müssen.

II. Der Kreis der Konkursgläubiger wird für den Regelkonkurs eingeengt durch die positive Vorschrift des § 63. Danach sind von den Vorteilen (Stimmrecht,

[1]) Damit dem unehelichen Kinde gegenüber dem Nachlasse des Vaters nicht weitergehende Rechte zukommen als dem ehelichen, räumt der § 1712 II BGB. dem Erben und damit (§ 6 KO.) im Nachlaßkonkurse dem Konkursverwalter die Macht ein, das uneheliche Kind wegen seines ferneren Unterhalts mit dem Betrag abzufinden, den es, wenn es ehelich wäre, als Pflichtteil erhielte. Bei Berechnung der Abfindungssumme gehen aber die übrigen Erblasserschulden vom Werte des Nachlasses ab (§§ 2311—2313), so daß im Falle der Überschuldung die Abfindungssumme gleich Null ist. Der Anspruch wird also vereitelt. Insoweit bewendet es für uneheliche wie für eheliche Nachkommen bei der gemeinrechtlichen Regel: concursus non alit infantes. Die Praxis stimmt zu (JurW. 1916, S. 1357 Nr. 8; 1917, S. 855, Nr. 7; OLG. 30, S. 142; 35, S. 265; RG. Bd. 90, S. 204 steht nicht entgegen).

[2]) Siehe den interessanten Fall RG. Bd. 87, S. 420 (JurW. 1916, S. 396 mit Note).

Bestreitungsrecht, Anteilsrecht), aber auch von den Nachteilen der Konkursforderungen (§§ 12, 14, 193) ausgeschlossen:

1. Zinsen einer Konkursforderung, soweit sie für die Zeit nach Konkursbeginn auflaufen. Der Wortlaut des Gesetzes (§ 63 Nr. 1) schließt nur die Anmeldbarkeit, nicht das Fortentstehen der Zinsen aus. Danach können Zinsen von Konkursforderungen auch während des Konkurses neu erwachsen, gedeckt durch eine die Konkursforderung sichernde Pfand- oder Bürgenhaftung. Die Möglichkeit konkursmäßiger Verfolgung wird deshalb ausgeschlossen, weil sonst die Berechnungen des Verteilungsverfahrens allzusehr erschwert würden. Steht aber einmal fest, daß solche Verfolgbarkeit konkurszweckwidrig wäre, dann mußte der Zinsenlauf selbst unterbunden werden. Die Eröffnung des Konkurses bewirkt ja bereits die Einleitung des gesetzlichen Befriedigungsverfahrens. Der rechtsnotwendig mit ihm verknüpfte Erfüllungsaufschub kann keine Verzugsfolgen auslösen, aber auch sonst keine Verzinslichkeit der Konkursforderungen rechtfertigen[1]).

2. Einzelkosten, die einem Konkursgläubiger erst durch die Konkursbeteiligung (z. B. Anmeldung, Teilnahme am Prüfungsverfahren und anderen Terminen) erwachsen. Die Unanmeldbarkeit ist eine Folgerung aus § 3, deren ausdrückliche Festlegung gegenüber den §§ 58 Nr. 1, 62 Nr. 1 zweckmäßig erschien.

3. Geldstrafen (§ 62 Nr. 2) Ihre Zulassung würde die Gläubiger des Missetäters härter treffen als den Missetäter selbst. Seine Haftung besteht fort. Der Zweck des Gesetzes trifft nicht nur für echte Kriminalstrafen zu, sondern auch für Disziplinar- und Ordnungsstrafen, desgleichen für Vollstreckungsstrafen, sie mögen dem Strafzwang (§ 890 ZPO.) oder dem Beugezwang (§ 888 ZPO.) entspringen; nicht aber für die einem geschädigten Einzelnen gebührende Genugtuung in Gestalt von Vertragsstrafen (§ 62 Nr. 2) oder Bußen. Einziehung (Konfiskation) ist Vermögensstrafe, aber nicht Geldstrafe. Auch die erst während des Konkurses für verfallen erklärte Sache (z. B. eingezogene Waffe) geht der Masse verloren[2]).

4. Freigebigkeiten des Gemeinschuldners: nemo liberalis nisi liberatus! So besonders die Forderung auf Erfüllung eines Schenkungsversprechens (§ 518 BGB.). Die Erwähnung der Freigebigkeiten von Todes wegen im § 63 Nr. 4 paßt nicht mehr (vgl. §§ 226ff.). Von der Konkursteilnahme ausgeschlossen sind nur Freigebigkeiten „des Gemeinschuldners" selbst. Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen bilden im Konkurs über das Eigenvermögen des Beschwerten — des Erben oder Vermächtnisnehmers — gewöhnliche Konkursforderungen[3]). Schenkungsanfechtung: § 32.

Besonderheiten gelten im Nachlaßkonkurse. Darüber unten S. 157f.

§ 10.

2. Die rechtliche Stellung der Konkursgläubiger.

I. Grundsatz der Gleichbehandlung. Die Konkursmasse dient allen Konkursgläubigern zur gemeinschaftlichen (§ 3) und für die Regel gleichmäßigen (§ 61 Nr. 6) Befriedigung. Alle werden durch eine Mehrung oder Minderung der Haftungsmasse betroffen. Allen gereicht die Abwehr eines Konkurrenten zum Nutzen. Par condicio omnium creditorum facta est (Ulpianus l. 6 § 7 Dig. quae in fraudem creditorum 42, 8). Die Gleichstellung wird namentlich durch folgende Rechtssätze gewährleistet:

---

[1]) Die Halbheit der Maßnahme führt zu allerlei Schwierigkeiten, besonders im Falle des Zwangsvergleichs, die zu überwinden der Praxis bisher nicht restlos gelungen ist (vgl. RG. Bd. 92, S. 182ff.). Zur Frage des Schuldnerverzugs siehe auch oben S. 7. Absonderungs- und Massegläubiger unterliegen als solche nicht der Schranke des § 63 Nr. 1.

[2]) Der § 15 hindert seinem Zwecke nach diese Entstehungsart von Aussonderungsrechten nicht. Siehe unten S. 42.

[3]) Siehe z. B. den Fall RG. Bd. 43, S. 236.

1. Kein Konkursgläubiger darf seine Forderung, die nunmehr lediglich auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse geht, einzeln und außerhalb des gemeinschaftlichen Verfahrens gegen den Konkursschuldner verfolgen (§ 12). Auch wenn der Konkursgläubiger dem Konkurse tatsächlich fernbleibt, unterliegt er den Nachteilen eines Konkursgläubigers, namentlich dem Verbote der Einzelvollstreckung und den Wirkungen eines Zwangsvergleichs. Denn diese Beschränkungen treffen jeden, der das Recht zur Beteiligung als Konkursgläubiger hat (§§ 3 I, 14, 193). Nur soweit der Gläubiger durch die Möglichkeit einer Aufrechnung im Konkurse der Teilnahme am Verfahren überhoben ist, entgeht er auch dem Zwangsvergleich: er darf nach wie vor seine volle Forderung aufrechnungsweise geltend machen (§ 53).

Unrichtig ist die verbreitete Lehre, nach § 12 habe der Konkursgläubiger die Wahl zwischen konkursmäßiger und außerkonkursmäßiger Rechtsverfolgung[1]). Vielmehr darf eine Konkursforderung gegen den Gemeinschuldner selbst (durch Prozeßaufnahme oder Klageerhebung) nach § 144 II nur dann geltend gemacht werden, wenn sie angemeldet und vom Gemeinschuldner bestritten worden ist. Sonst fehlt jedes Rechtsschutzbedürfnis für eine persönliche Ausklagung des Schuldners. Die Klage würde daher von Amts wegen als unzulässig durch Urteil abzuweisen sein[2]).

2. Den Konkursgläubigern als solchen ist für die Dauer des Konkurses jede Einzelvollstreckung und zwar nicht nur in das konkursbefangene, sondern — „um dem Schuldner die Erwerbs- und Kreditfähigkeit wieder zu eröffnen“[3]) — auch in sein konkursfreies Vermögen verboten. Doch sind den einzelnen Konkursgläubigern Zwangsvormerkungen gegenüber konkursfreiem Vermögen gestattet[4]). § 14; vgl. auch § 6II AufsVO. Diese Unzulässigkeit besteht endgültig und nicht nur zum Schutze der Gesamtheit der Konkursgläubiger, sondern auch im persönlichen Interesse des Schuldners. Vollstreckungsorgane und Grundbuchamt haben sie von Amts wegen zu beachten. Eine verbotswidrige Sondervollstreckung hat in Ansehung des konkursgebundenen Vermögens der Konkursverwalter (§ 6), in Ansehung des konkursfreien der Gemeinschuldner persönlich anzufechten. So durch Erinnerung nach § 766 ZPO. Pfändungen, die (etwa in Unkenntnis des Konkurses) zugunsten eines Konkursgläubigers vollzogen werden. Die verbotswidrige Eintragung einer Zwangs- oder Arresthypothek(§§ 866ff., 932 ZPO.) er-

---

[1]) Siehe z. B. mit den Motiven S. 46ff. RG. Bd. 29, S. 74; Bd. 86, S. 394; LZ. 1913, Sp. 691. Daß dem einzelnen Konkursgläubiger, auch wenn er dem Konkurse fernbleibt, während des Verfahrens die Zwangsvollstreckung in konkursgebundenes und in konkursfreies Vermögen des Gemeinschuldners verwehrt ist (§ 14), steht außer Zweifel. Es soll ihm aber verstattet sein, den Gemeinschuldner persönlich mit dem Antrage zu belangen, daß dieser verurteilt werde, nach Konkursbeendigung an den Kläger zu leisten (so RG. Bd. 29, S. 74).

[2]) Der Schluß aus § 144 II ist zwingend. Bestreitet der Schuldner die Konkursforderung, dann hat der Gläubiger an der alsbaldigen persönlichen Ausklagung des Schuldners ein schutzwertes Interesse, weil er durch sie eine auch außerhalb des Konkurses wirkende Vollstreckbarkeit der konkursmäßigen Feststellung erzielen kann (§§ 164 II, 194, 206 II). Unterbleibt aber ein Widerspruch des Schuldners, dann stellt sich auch dieses Bedürfnis nicht ein. Da es nun gar keinen einfacheren, rascheren und billigeren Weg für den Konkursgläubiger gibt, um eine rechtskräftige, innerhalb wie außerhalb des Konkurses vollziehbare Zuerkennung seines Anspruchs zu erwirken als die Teilnahme am Konkursverfahren (§§ 145 II, 164 II), muß — schon zur Ersparung zweckloser Belästigung der Gerichte — der Konkursgläubiger auf die Konkursteilnahme verwiesen werden. So verstanden, hat der § 12 guten Sinn. Die Gegenansicht beraubt ihn jedes Inhalts. Zutreffend und bestimmt nun auch RG. JurW. 1916, S. 326: „Die Verfolgung eines die Konkursmasse betreffenden Anspruchs gegen den Gemeinschuldner selbst ist, abgesehen vom Falle des § 144 II, unzulässig“. Siehe ferner LZ. 1907, Sp. 525; 1909, Sp. 8689, 1913 Sp. 683.

[3]) Motive S. 51f. (sehr beachtenswert).

[4]) Auch die Einzelanfechtung, die doch nur Mittel zum Zwecke der Geldbeitreibung ist, steht während des Konkurses einem Konkursgläubiger gegenüber solchen Rechtshandlungen offen, die der Gemeinschuldner in Ansehung seines konkursfreien (neuerworbenen) Vermögens trifft (§ 13 V AnfG,).

zeugt unmittelbar überhaupt keine Grundstücksbelastung, weder als Gläubigerhypothek noch als Eigentümergrundschuld. Sie ist aber auch nicht etwa inhaltlich unzulässig im Sinne des § 54 I 2 GBO. Vielmehr kann sie in dritter Hand kraft des für Rechtsgeschäfte geltenden Verkehrsschutzes (§ 15 Satz 2) Wirksamkeit erlangen. Zur Ausschaltung dieser Gefahr ist das Scheinrecht, da seine Buchung einen Rechtssatz (den § 14) verletzt und zu einer Unrichtigkeit des Grundbuches geführt hat, nach Maßgabe der §§ 54 I 1, 71 II 2 GBO. durch Widerspruch unschädlich zu machen.

Das Verbot gilt nur Konkursgläubigern. Es trifft weder Massegläubiger noch Absonderungsberechtigte als solche. Daher dürfen Gläubiger, die bei Konkursbeginn bereits ein unanfechtbares Zwangssicherungsrecht — Pfändungspfandrecht, Zwangs- oder Arresthypothek, Beschlagnahmevorrecht — erlangt hatten (vgl. §§ 30, 35), als Absonderungsberechtigte die Einzelvollstreckung durchführen. Im Nachlaßkonkurse berechtigt nur eine vor Eintritt des Erbfalls erwirkte Zwangssicherung zur Absonderung (§ 221, vgl. § 236). Nach Konkursbeginn entstandene oder auf Grund der §§ 3 II, 5 II, 63 von der Konkursteilnahme ausgeschlossene Forderungen können aus neuerworbenem Vermögen des Schuldners beigetrieben werden.

3. Zum Nachteile der Konkursgläubiger können Aus- oder Absonderungsrechte an Massegegenständen nach Konkursbeginn auch ohne Zutun des Schuldners (vgl. § 7) nicht „erworben" werden (§ 15 Satz 1). Diese Erwerbsschranke ist nicht nur den einzelnen Konkursgläubigern, sondern jedermann gesetzt. An ihr scheitert auch der Zwangszugriff eines von der Konkursteilnahme ausgeschlossenen Gläubigers, z. B. die Pfändung eines Massegegenstandes wegen eines nach § 63 unanmeldbaren Anspruchs. Rechtserhaltenden Maßnahmen, wie der Grundbuchberichtigung und dem Widerspruche, steht der § 15 nicht im Wege. Auch wird dem verbotswidrigen Erwerbe die Wirksamkeit nicht schlechthin (wie im Falle des § 14), sondern nur beschränkt, nur „gegenüber den Konkursgläubigern" versagt. Dementsprechend besteht (wie im Bereiche des § 7) die Möglichkeit der Heilung. Im gemeinschaftlichen Interesse der Konkursgläubiger spricht das Gesetz (§ 55 Nr. 1 u. 2) auch einem nachträglichen Erwerbe der Aufrechnungsbefugnis die Wirksamkeit für den Konkurs ab.

Der § 15 ergänzt die §§ 7, 14, indem er auch solchen Erwerbsvorgängen, die weder in einer während des Konkurses erfolgenden Willensbetätigung des Gemeinschuldners (§ 7) noch in Sondervollstreckungen eines Konkursgläubigers (§ 14) bestehen, einen Riegel vorschiebt: der gesamte Erwerbstatbestand muß sich vor dem Konkurse vollendet haben, wenn er „gegenüber den Konkursgläubigern" wirken soll. Das gilt für den Erwerb von Vollrechten (besonders des Eigentums an einer Sache) ganz ebenso wie vom Erwerbe begrenzter Rechte (wie der Pfandrechte und Dienstbarkeiten an Massegegenständen). So genügt es zu einem im Konkurse durchdringenden Erwerbe des Grundeigentums nicht, daß Auflassung und Eintragungsbewilligung vor dem Konkurs erfolgt sind, wenn die Eintragung selbst erst während des Konkurses geschieht[1]; nicht zum Erwerb eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes an massezugehörigen Waren, daß diese schon vor dem Konkurse mit des Schuldners Willen auf Grund eines Handelsgeschäfts in fremde Verfügungsmacht gelangt sind, wenn der Retinent eine Forderung gegen den Gemeinschuldner erst während des Konkurses als ein im Konkurse nicht verfolgbares Gläubigerrecht erlangt (§ 369 HGB.). Dort wird das Zustandekommen eines Aussonderungsrechtes (§ 43), hier das Zustandekommen eines Absonderungsrechtes (§ 49 I Nr. 4) durch den Konkursbeginn vereitelt. Der Konkurs hindert aber nach § 15 nur den Erwerb

[1]) Nicht schon der § 7 (I Halbs. 1), erst der § 15 (Satz 1) steht der Vollendung dieses Erwerbs entgegen und nicht die Ausnahme des § 7 (I Halbs. 2), sondern die des § 15 (Satz 2) erstreckt auf ihn den öffentlichen Glauben des Grundbuches. Siehe unten S. 42, Note 4.

von Rechten an Gegenständen der Masse, nicht solche Maßnahmen, die lediglich der Wahrung bereits erworbener Rechte dienen. So nicht die Eintragung eines ohne Eintragung entstandenen oder übertragenen buchfähigen Rechts an einem Massegrundstück[1]) oder eines bloßen Widerspruchs gegenüber der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Darum kann der Grundpfandgläubiger auch noch während des Konkurses die hypothekarische Haftung der mit dem belasteten Massegrundstück verstrickten, aber zunächst noch aus dem Haftungsverbande lösbaren Gegenstände (§§ 1120ff. BGB.) durch Erwirkung der zu diesem Zweck erforderlichen Beschlagnahme aufrechterhalten[2]).

Der Regelsatz des § 15 erleidet eine Reihe von Einschränkungen, die teils in seinem begrenzten Zwecke, teils in ausdrücklichen Ausnahmevorschriften ihren Grund haben:

a) Rechtsentziehungen aus Rücksichten des öffentlichen Wohles, wie Zwangsenteignung und Strafeinziehung, machen vor dem nur die privaten Interessen der Konkursgläubiger schützenden Konkursbeschlage nicht halt. Es gibt auch der Verkehrssicherheit dienende Erwerbsvorgänge des bürgerlichen Rechts, die aufzuhalten nicht im Zweckbereiche des § 15 liegt. Dahin gehören Verbindung, Vermischung und Verarbeitung (§§ 946ff. BGB.), dahin auch die Vollendung der Ersitzung (§§ 937ff., 900 BGB.) oder des Funderwerbes (§ 973 BGB.)[3]).

b) Auf Rücksichten der Verkehrssicherheit beruhen auch die positiven Ausnahmen, die — unbeschadet einer etwa begründeten Gläubigeranfechtung (§§ 29ff., 42) — im § 15 Satz 2 verordnet sind:

α) Eine vor dem Konkurse vom Schuldner bewilligte Eintragung in das Grundbuch oder Schiffsregister bleibt wirksam, wenn bereits vor dem Konkurse die Bewilligung bindend geworden (§§ 873 II, 875, 1260 BGB.) und der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt oder der Schiffsregisterbehörde eingereicht war (§§ 878, 1260 I BGB.[4]).

β) Auch darüber hinaus schützt der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892 BGB.) den redlichen[5]) rechtsgeschäftlichen Erwerb (z. B. in Fällen, in denen die Buchung zwar schon vor Konkursbeginn bindend bewilligt, aber erst nachher vom Begünstigten beantragt worden ist). Gutgläubige Dritte, nicht schon die Geschäftsgenossen des Gemeinschuldners (§ 7), genießen einen durch § 15 überhaupt nicht berührten Schutz auch im Fahrnisverkehre (besonders nach Maßgabe der §§ 932ff. BGB.). Denn der Grund, warum der Vormann das weiterveräußerte Recht nicht erworben hatte, ist (vom § 935 I BGB. abgesehen) belanglos[6]).

c) Auch gewisse Anwartschaften halten dem Konkursbeschlage stand. So zunächst die Anwartschaft dessen, zu dessen Gunsten der Schuldner vor dem Konkurs unter aufschiebender Bedingung über einen beschlagsfähigen Vermögensgegenstand verfügt hat (etwa durch bedingte Übereignung oder Verpfändung einer beweglichen Sache), wenn die Bedingung im Laufe des Konkurses und nicht als Folge einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners (§ 7) eintritt. Hier erwirbt der Anwärter je nach dem Inhalte der Verfügung ein Aus- oder Absonderungsrecht.

---

[1]) Etwa eines nach § 1075 I BGB. entstandenen Nießbrauchs oder einer nach § 1287 Satz 2 BGB., § 848 II ZPO. entstandenen Sicherungshypothek oder eines nach § 1154, II (§ 1192) BGB. ohne Eintragung übertragenen Briefpfandrechtes. Gleiches gilt nach bloß versehentlicher Löschung von Buchrechten. Der dingliche Berichtigungsanspruch dringt auch dem Konkursverwalter gegenüber durch (§ 894 BGB., § 43 KO.).

[2]) Auch der § 14 steht nicht im Wege, da der Hypothekengläubiger als Absonderungsberechtigter diese Beschlagnahme erwirkt.

[3]) Auch der § 7 KO. kann nicht verhindern, daß der Gemeinschuldner persönlich die mit einer Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung rechtsnotwendig verknüpfte Verschiebung der dinglichen Rechtslage zugunsten eines Dritten herbeiführt.

[4]) Das Grundbuchamt muß also, auch wenn es vom Konkurse Kenntnis und den Konkursvermerk bereits eingetragen hat (§ 113), die bewilligte Buchung vollziehen, und diese Buchung wirkt auch „gegenüber den Konkursgläubigern“.

[5]) Es wird also vorausgesetzt, daß der Konkurs weder auf dem in Frage kommenden Grundbuchblatte (§ 3 GBO.) vermerkt noch zu der im § 892 II BGB. bestimmten Zeit dem Erwerber positiv bekannt ist. Sonst bewendet es bei der Regel des § 15 Satz 1.

[6]) Beispiel: Der nachmalige Gemeinschuldner hat vor dem Konkurse Wertsachen bei einem Freunde hinterlegt, der Verwahrer veruntreut sie nach Konkurseröffnung durch Übereignung oder Verpfändung an einen gutgläubigen Erwerber (§§ 932, 1207 BGB.). So auch, wenn der Gemeinschuldner während des Konkurses über Fahrnis (die noch in seinen Händen blieb) verfügt, der nach § 7 nicht geschützte Geschäftsgenosse aber daraufhin an einen gutgläubigen Dritten weiterveräußert. Siehe nun auch RG. Bd. 87, S. 423 u. oben S. 18. Hat ein Gläubiger seine Forderung vor dem Konkurse nach § 398 BGB. auf den jetzigen Gemeinschuldner übertragen, aber gleichwohl noch nach Konkursbeginn vom gutgläubigen Drittschuldner eingezogen, dann ist dieser nach § 407 I BGB. auch der Masse gegenüber befreit. Freilich stehen der Masse in solchen Fällen mindestens Ansprüche aus § 816 BGB. zu.

Das bestätigt der § 161 I 2 BGB, demzufolge sogar eine konkursmäßige Weiterveräußerung durch den Verwalter (vorbehaltlich des § 161 III BGB.) der Anwartschaft unschädlich wäre. Gleiches gilt für den Rückerwerb eines beschlagsfähigen Rechts, das der nachmalige Gemeinschuldner unter auflösender Bedingung erworben hatte (§ 161 II BGB.). Eine entsprechende Rechtslage erzeugt die Vormerkung (vgl. § 883 II mit § 161 I BGB.). Auch sie kann daher für den Konkurs die Vollendung des Erwerbs von Aus- und Absonderungsrechten sicherstellen (§ 24). Durch die Vormerkung wird der gesicherte schuldrechtliche Anspruch aus dem Kreise bloßer Konkursforderungen herausgehoben und damit den §§ 12, 14, 61ff., 138ff., 193 entzogen[1]. Auch bewährt sich gegenüber dem § 15 die Anwartschaft des Gläubigers, zu dessen Befriedigung der Schuldner vor dem Konkurs eine Hinterlegung im Sinne der §§ 372ff. BGB. bewirkt hatte. Denn, da weder der Verwalter die hinterlegten Sachen zur Masse ziehen noch der Schuldner persönlich sie zurücknehmen darf (§ 377 BGB.), behält der Gläubiger die rechtliche Möglichkeit, noch während des Konkurses der Hinterlegungsstelle wirksam die Annahme zu erklären und damit das Eigentum an den Sachen zu erwerben.

4. Endlich bezweckt die besondere Konkursanfechtung des § 30 eine Wahrung des Gleichgewichts unter den Konkursgläubigern, insofern sie Sicherungen oder Befriedigungen, die einzelnen Konkursgläubigern zwar vor der förmlichen Konkurseröffnung, aber unter den sichtbaren Anzeichen des drohenden Konkurses (der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrages) zuteil geworden sind, zugunsten der Gesamtgläubigerschaft den Erfolg versagt. Sie erstreckt also den Grundsatz der Gleichbehandlung nach rückwärts auf die Zeit des „imminenten" („materiellen", aber noch nicht förmlich eröffneten) Konkurses. Auch die im § 55 Nr. 3 verordnete Beschränkung der Aufrechenbarkeit beruht auf diesem Gedanken[2].

Trotz der weitherzigen Auslegung, die unsere Praxis dem § 30 angedeihen läßt, gelingt es nur unvollkommen, die Auswüchse zu beschneiden, die der unsere Zwangsvollstreckung beherrschende Präventionsgrundsatz bei Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens zeitigt[3]. Zufällige Umstände, nicht selten auch die heimliche Gunst des Schuldners, verschaffen den einzelnen Gläubigern während der Krisis nur allzu häufig einen solchen sachlich unangemessenen Vorrang; der Anfechtungsprozeß aber ist so zeitraubend und mit solchen Beweisschwierigkeiten verknüpft, daß er oft genug unter schweren Kostenopfern scheitert, noch öfter gar nicht erst gewagt wird. Um diesem Übelstand abzuhelfen, empfiehlt es sich, dem Zwangszugriff der Konkursvorzeit in bestimmten Grenzen die Wirksamkeit schon von Rechts wegen abzusprechen[4].

II. **Art der Gläubigergemeinschaft.** Der Konkurszweck (§ 3) verbindet die Konkursgläubiger zu einer Interessengemeinschaft, die in der Gläubigerversammlung durch den Willen der maßgebenden Mehrheit einheitliche Entschließungen bildet und durch dieses Organ, möglicherweise auch durch einen endgültig von der Gläubigerversammlung zu bestellenden Gläubigerausschuß (§ 87 II), bei der Konkursverwaltung mitwirkt. Eine privatrechtliche Rechtsgemeinschaft der Konkursgläubiger besteht nicht. Das Gegenteil ist oft gelehrt worden. Zwar darf die Ansicht gemeinrechtlicher Juristen, daß durch die Konkurseröffnung das Vermögen des Schuldners auf die Konkursgläubiger übergehe, als ein überwundener Standpunkt gelten. Allein es fragt sich, ob nicht sonst gemeinschaftliche Vermögensrechte der Konkursgläubiger vorhanden sind. Bis auf die neueste Zeit wird versucht, in Parallele zum Pfändungspfandrechte der Einzelvollstreckung ein gemeinsames Pfandrecht (Beschlagsrecht, Konkurspfandrecht) zu konstruieren, das der Konkurs zur Sicherung aller Konkursforderungen an allen zur Masse gehörenden Gegenständen von Rechts wegen entstehen lasse[5]. Die Motive (S. 15f.) lehnen solche Annahme als „legislativ fehlerhaft und unzureichend" ab. In unserer Praxis

[1]) Veräußerungsverbote im Sinne der §§ 135, 136 BGB. versagen dagegen (trotz des § 888 II BGB.) im Konkurse (§ 13).

[2]) Vgl. ferner §§ 50, 56 KO.; § 13 AnfG.

[3]) S. oben S. 1.

[4]) Darüber ZZP. 48 S 147ff.

[5]) S. namentlich Kohler, Lehrbuch, §§ 22ff.; Leitfaden, § 11.

hat sie niemals Fuß gefaßt[1]). Sie ermangelt auch jeder zureichenden Stütze im positiven Recht und ist weder erforderlich noch genügend, die eigenartigen Folgen der Konkurseröffnung, wie z. B. den Einfluß auf schwebende Schuldverhältnisse (§§ 17ff.) oder die Entstehung der besonderen Anfechtbarkeit des § 30 zu erklären. Gerade unsere Konkursgesetzgebung[2]) war es, die von Reichs wegen zuerst und in aller Schärfe mit der die Kreditsicherheit untergrabenden Einrichtung stillschweigender Generalpfandrechte gebrochen hat. Und diese Gesetzgebung sollte, den eigenen Verfassern unbewußt, ein Pfandrecht anerkannt haben, dessen Gegenstände und Träger vielleicht im ganzen Konkursverlaufe nur teilweise ermittelt und jedenfalls nicht schon im Zeitpunkte, da es entstehen müßte, erkennbar gemacht werden?[3]) Daß der Konkursverwalter die Masse unmittelbar in Ausübung der Schuldnerrechte und nicht in Ausübung eines den Konkursgläubigern am Schuldnervermögen eingeräumten Verwertungsrechtes (ius distrahendi) zu versilbern hat, bestätigt die Fassung der ausschlaggebenden Gesetzesvorschrift (§ 6). Auch ist es noch niemandem in den Sinn gekommen, bei der Nachlaßverwaltung ein Pfandrecht der Nachlaßgläubiger am Nachlasse zu konstruieren, obwohl doch der § 1984 BGB. gerade den wesentlichsten Inhalt des angeblichen Konkurspfandrechts auf die Nachlaßverwaltung überträgt[4]). Die Ausdrücke Konkursbeschlag oder Konkursverfangenschaft sind daher mit Vorsicht zu gebrauchen. Wir verstehen darunter den Inbegriff der gesetzlichen Folgen, welche die Konkurseröffnung in Ansehung des zur Masse gehörenden Vermögens äußert. Zu einer Beschlagnahme im Sinne des § 137 StGB., also zu einer Unterwerfung dieses Vermögens unter obrigkeitliche Verfügungsmacht, führt weder die Konkurseröffnung an sich noch eine wörtliche oder tatsächliche Inbeschlagnahme des Konkursverwalters, der eben nur ein Privatmann ist[5]).

Weit näher liegt es, gemeinsame Rechte der Konkursgläubiger in den anfechtungsrechtlichen Ansprüchen auf Rückgewähr zur gemeinsamen Befriedigungsmasse zu sehen und den Konkursverwalter in Ausübung dieser Rechte als gesetzlichen Vertreter der Gesamtgläubigerschaft zu betrachten. Der Wortlaut des Gesetzes (§§ 36, 37) verträgt sich mit solcher Annahme. Zweckmäßigkeitserwägungen geben aber derjenigen Auslegung den Vorzug, die in den Rückgewähransprüchen Massebestandteile sieht und so zu einer einheitlichen Auffassung der Verwalterstellung gelangt[6]).

III. Die Vorrechtsordnung des Konkurses. Nach der Regel des Gesetzes stehen die Konkursgläubiger einander gleich (§ 61 Nr. 6) und beschränken sich daher

---

[1]) Dagegen z. B. RG. Bd. 46, S. 167. [2]) Siehe namentlich §§ 14ff. EG. KO.

[3]) Publizität und Spezialität gebieten, daß alle einzelnen Pfandgegenstände (Fahrnis durch Besitzergreifung, Buchrechte durch Eintragung) als zugunsten bestimmter Einzelansprüche verhaftet gekennzeichnet werden. Weder der offene Arrest (§§ 118, 110 I) noch die öffentliche Bekanntmachung des Konkurses entsprechen auch nur annähernd dieser Anforderung.

[4]) Auch unter dem Gesichtspunkt eines „Konkursanspruchs" läßt sich die Annahme einer privatrechtlichen Rechtsgemeinschaft der Gläubiger nicht erweisen. Die Motive (S. 14f., 18, 102f., 117ff., 330f.) verstehen darunter einen privatrechtlichen Anspruch der Gläubiger auf gemeinsame und ausschließliche Befriedigung aus der Konkursmasse und konstruieren auf dieser Grundlage eine „rechtliche Gemeinschaft" der Konkursgläubiger. In Wahrheit sind nur Forderungen der einzelnen Gläubiger da, die in der Konkurslage einander wechselseitig beschränken. Von einer „Gemeinschaft" der Forderungsrechte kann keine Rede sein. In einem anderen Sinne haben Anhänger der Lehre vom Rechtsschutzanspruch einen öffentlichrechtlichen, gegen den Staat oder gegen Staat und Schuldner gerichteten „Konkursanspruch" als Recht zur Erwirkung und Durchführung des Konkurses erdacht. Zu einer Rechtsgemeinschaft der Gläubiger leitet der Begriff nicht. Er hat in keiner Weise fördernd auf die Lösung der konkursrechtlichen Probleme eingewirkt, wohl aber die irrige Vorstellung veranlaßt, Gegenstand des Feststellungsverfahrens sei nicht die Konkursforderung selbst, sondern ein von ihr zu unterscheidendes publizistisches Konkursteilnehmerecht. S. unten S. 132.

[5]) Anders die Praxis des Reichsgerichts in Strafsachen (z. B. Bd. 14, S.286; Bd. 41, S. 256).

[6]) Siehe dazu S. 112, 117.

wechselseitig bei der Teilnahme am gemeinschaftlichen Befriedigungsverfahren. Eine solche Gleichstellung gehört zu den unerläßlichen Vorbedingungen für die gesunde Entwicklung des Personalkredits. Geleitet von dieser Erkenntnis, hat unser Konkursgesetz nicht nur die Häufung der privilegia exigendi, die im Streben nach „minutiöser Gerechtigkeit" noch das gemeine Recht und viele ihm folgende Landesgesetze übten, verworfen und besonders das verkehrsschädliche Vorrecht der Ehefrau beseitigt, sondern auch noch gegenüber dem unmittelbaren Vorbilde der preußischen KO. von 1855 erhebliche Einschränkungen vorgenommen. Allein nicht einmal die wenigen im § 61 aufrechterhaltenen Vorrechte sind heutigestags noch ganz oder auch nur größeren Teiles zu rechtfertigen. Das an erster Rangstelle stehende Vorrecht des Lidlohns ist auf Unterordnungsverhältnisse angelegt, die der Vergangenheit angehören. Das Abgabenvorrecht (§ 61 Nr. 2) soll angeblich den Steuerkredit fördern, der doch nur gegen besondere Sicherheit bewilligt zu werden pflegt, und findet im übrigen eine Stütze höchstens in byzantinischen Vorstellungen. Warum das öffentliche Gemeinwesen, dessen Konkursverluste vielleicht von vielen Millionen zu tragen und darum kaum zu verspüren sind, mit seinen Ansprüchen dem privaten Darlehnsgeber oder Verkäufer vorgehen soll, der die ganze Schwere des Ausfalls selber zu tragen hat, das ist nicht einzusehen. Heute zumal, da die Steuerlast ins Ungemessene angewachsen und die Feststellung der Steuerschuld vielfach nur in zeitraubendem Verfahren möglich ist, spielt das Abgabenprivileg eine verhängnisvolle Rolle. Sogar das Vorrecht der Schutzbefohlenen (§ 61 Nr. 5), das noch am meisten anspricht, hat sich infolge unsicherer Gesetzesfassung und unfreier Rechtsprechung zu einem Schädling ausgewachsen. Die künftige Reform hat hier gründlich zu säubern, eine zeitgemäße Auslegung des geltenden Gesetzes Zurückhaltung zu üben.

Der großen Masse nach sind somit die Konkursforderungen einfache. Sie gelangen erst zum Zuge, wenn die bevorrechtigten gedeckt sind (§ 61 Nr. 6). Im Nachlaßkonkurse gibt es noch eine dritte Gruppe, die minderberechtigten Konkursforderungen. Auf sie entfällt nur ein nach Berichtigung aller sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten etwa noch verbleibender Überschuß (§ 226, vgl. § 236).

Die Vorrechte der KO. selbst (§ 61 Nr. 1—5) gelten für die Befriedigung aus dem ganzen konkursbefangenen Vermögen. Die spätere Reichsgesetzgebung (§ 35 HypBankG., § 61 VAG., § 7a DepG.) hat eigenartige, den Absonderungsrechten angenäherte Privilegien geschaffen, die nur für die Befriedigung aus einer Sondermasse des beschlagsfähigen Schuldnervermögens gelten. Dort nennen wir das Vorrecht ein allgemeines, hier ein besonderes. Beidemal ist es eine Eigenschaft, die der Forderung um ihres Rechtsgrundes willen innewohnt (privilegium causae), nicht eine Begünstigung der Person des Gläubigers. Auch in Fällen einer Sondernachfolge in die Forderung besteht es weiter (§§ 401 II, 412 BGB.); bei einer Sondernachfolge in die Schuld erlischt es (§ 418 II BGB.[1])).

Auch die Vorrechtsgläubiger sind Konkursgläubiger. Als solche sind sie genötigt, wenn sie Deckung aus der Masse anstreben, am Konkursverfahren teilzunehmen (§ 12), d. h. hier die Forderung nach Grund, Betrag und Vorrecht anzumelden und sie so zur Feststellung zu bringen (§§ 139, 142 II, 145 II). Als Konkursgläubiger stehen auch die Vorrechtsgläubiger unter den Verboten der Einzelvollstreckung und der Einzelanfechtung (§§ 14, 36). Auch sie unterliegen, was Zinsen und Kosten betrifft, den Schranken des § 63. Vorrechtsansprüche genießen

[1]) Dort bleibt die Lage anderer Gläubiger des Schuldners unberührt; hier würde sich die Lage anderer Gläubiger des Neuschuldners verschlechtern (solche Macht darf das Gesetz dem Schuldübernehmer nicht einräumen). Das Vorrecht, das eine Forderung im Konkurse des Schuldners genießt, kann nicht als solches auch im Konkurse des Dritten geltend gemacht werden, der sich für die Schuld verbürgt hat. Denn trotz ihrer Abhängigkeit hat die Bürgenhaftung ihren selbständigen Rechtsgrund. Der Gläubiger kann auf den Vorrang seiner Forderung verzichten. Folge für die Bürgenhaftung: § 776 BGB.

aber nicht nur den Vorteil, samt den unter IV [S. 51] genannten Nebenansprüchen vor allen einfachen Konkursforderungen befriedigt zu werden. Sie bleiben auch ungeschmälert von einem Zwangsvergleich (§§ 173, 181, 191 II, 193)[1]).

A. **Allgemeine Vorrechte** genießen nach § 61, und zwar in folgender, auf zwingender Rechtsvorschrift beruhender Rangordnung, bei Gleichrang anteilsmäßig:

1. Letztjährige Dienstbezüge (Lidlohn) der für Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft des Schuldners gedungenen Personen (wie des häuslichen und landwirtschaftlichen Gesindes, der Fabrikarkeiter, der Handlungsgehilfen) ohne Rücksicht auf die Höhe des Betrags. Auch der Lohn für vorübergehende und vereinzelte Dienstleistungen (z. B. der Tagelöhner, Näherinnen, Waschfrauen) ist bevorrechtet.

Der geschichtliche Werdegang des Vorrechts hat seinen Ursprung in einer sozialen Abhängigkeit des Bediensteten, die diesem eine alsbaldige Ausklagung des Dienstherrn erschwert und so ein besonderes Schutzbedürfnis begründet. Darauf weisen noch heute die Gesetzesworte „zur Leistung von Diensten verdungen" hin. Im Wandel der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse hat dieses Vorrecht, das beim Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze unter allen Privilegien das weiteste Raumgebiet beherrschte, seine Stützen im wesentlichen verloren. „Herrschaft" und „Gesinde" scheinen bereits überlebte Begriffe zu sein, so zweifellos auch das Vorrecht für „Hausangestellte", für Handlungsgehilfen, für gewerbliche Arbeiter und für die Angestellten der Land- und Forstwirtschaft fortgilt. Stets aber wird ein Dienstverhältnis zu fordern sein, das bei Leistung der Dienste zur Unterordnung unter die Weisungen des Dienstherrn verpflichtet. Es geht daher viel zu weit, den Direktoren einer Aktiengesellschaft oder den Geschäftsführern einer GmbH. schon deshalb, weil die Bestellung auf einem mit der Gesellschaft abgeschlossenen Dienstvertrage zu beruhen pflegt, für rückständige Gehaltsansprüche das Lidlohnrecht zuzuerkennen[2]). In Wahrheit sind sie es, die wie Prinzipale schalten und darum auch eine Abwirtschaftung des Unternehmens zu verantworten haben. Dasselbe gilt für die Vorstände anderer juristischer Personen. Auch beim Handlungsagenten fehlt (regelmäßig wenigstens) die erforderliche Abhängigkeit[3]).

Der zu entlohnende Dienst muß binnen des letzten Jahres vor dem Konkurse, beim Nachlaßkonkurse wenigstens binnen des letzten Jahres vor dem Erbfalle geleistet sein. Dienstbezüge aller Art, nicht aber Ansprüche auf Auslagen- oder Schadensersatz genießen das Vorrecht. Innerhalb seiner Zeitschranken kommt es auch Beitragsrückständen zu, die den Trägern der Sozialversicherung (den Krankenkassen, Berufsgenossenschaften, Versicherungsanstalten) für die Zeit vor dem Konkurse geschuldet werden. § 28 III RVO. (§ 227 III AngestVG.)[4]). Lohnforderungen für die Zeit des Konkurses sind Masseschuldansprüche unter den Voraussetzungen des § 59 Nr. 1 oder Nr. 2. Vgl. § 22.

2. Öffentliche Abgaben an ein inländisches Gemeinwesen, soweit sie im letzten Jahre, und zwar spätestens nach § 65, fällig geworden sind. Die Finanzwissenschaft begreift unter dem Ausdruck Abgaben sowohl die Steuern als die

---

[1]) Verteilungen außer der Reihe: § 170.

[2]) Das tut die herrschende Lehre. Meist pflegen die Direktoren dafür zu sorgen, daß der Konkurs ihnen gebührende Gehaltsrückstände nicht vorfindet. Daraus erklärt sich die Seltenheit der Erörterung in der Praxis (mit der herrschenden Lehre, aber nur beiläufig, OLG. 19, S. 215; 32, S. 384). Das RG. hatte sich mit der Frage noch nicht zu befassen.

[3]) In diesem Sinne zutreffend RG. Bd. 62, S. 229.

[4]) Siehe dazu RG. Bd. 102, S. 71. Die Erstreckung des Vorrechts auf Beiträge hängt damit zusammen, daß diese in gewissen Grenzen vom Arbeitgeber bei den Lohnzahlungen einbehalten werden dürfen. Eine weitere Erstreckung hat der § 75e HGB. i. F. v. 1914 vorgenommen (Entschädigungsansprüche von Handlungsgehilfen beim vereinbarten Wettbewerbsverbote).

Gebühren[1]). Es herrscht heute aber Einverständnis in Rechtslehre und Rechtsprechung darüber, daß der Vorrang auf steuerartige Abgaben beschränkt, daß er Gebühren, besonders den Gebühren der streitigen und nichtstreitigen Rechtspflege und der Verwaltung nicht zugebilligt werden sollte[2]). Im Vordergrunde steht jetzt das Heer der Reichssteuern[3]). Nach § 85 RAbgO. hat der Konkurs verwalter als besonderer Vertreter, gleich den allgemeinen gesetzlichen Vertretern des § 84 RAbgO., dafür Sorge zu tragen, daß die Steuern aus der von ihm verwalteten Masse entrichtet werden. Bei schuldhafter Pflichtverletzung wird er persönlich dem Reiche haftbar (§ 82)[4]). Steuerverbindlichkeiten, die erst während des Konkurses entstehen (vgl. § 81 RAbgO.), werden nach Maßgabe des § 59 Nr. 1, 2 Masseschulden. So z. B. die Grunderwerbssteuer beim Erwerb und bei der Veräußerung von Liegenschaften für Rechnung der Masse (vgl. § 20 GrunderwstG.), die Umsatzsteuer beim Fortbetriebe des Unternehmens für die Masse.

3. Letztjährige Forderungen der Kirchen und Schulen, der öffentlichen Verbände und der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten. Wie im Falle der Nr. 2 entscheidet die Fälligkeit, nicht (wie bei Nr. 1) die Entstehung. Wie dort sind nur öffentlichrechtliche Ansprüche, und zwar nur solche des Verbandes selbst bevorrechtet (nicht z. B. Stolgebühren der Geistlichen, Kollegienhonorare der Dozenten). Bei der Feuerversicherung kommt es darauf an, daß der dem öffentlichen Recht angehörende Versicherer (Staat, Provinz) nach Gesetz oder Satzung verpflichtet war, die Versicherung einzugehen, für die er die Beitragsleistung als bevorrechtet beansprucht. Ob auch der Gemeinschuldner zur Versicherung verpflichtet war, ist belanglos. Sonstige „öffentliche Verbände" im Sinne der Nr. 3 sind z. B. Wege- und Deich-, Wasser- und Waldgenossenschaften, Orts- und Landarmenverbände, Anwalts- und Ärztekammern, Innungen. Die Versicherungsträger der RVO. genießen, wie unter 1 bemerkt, jetzt den Rang des Lidlohnvorrechts.

4. Kosten von Kuren und Pflegen im Konkursvorjahr (ein Vorrecht der Ärzte mit selbstverständlichem Einschlusse von Zahnärzten, der Tierärzte, der Apotheker, der Hebammen und Krankenpfleger). Das Vorrecht soll der berufsmäßigen Heilpflege förderlich sein. Es soll den, der sie übt, gegen einen Vermögensverfall des Schuldners sicherstellen. Es setzt aber Helfer von Beruf voraus, Approbation im

[1]) Auch der § 71 III GVG. gebraucht die Wendung „öffentliche Abgaben" unstreitig in einem die Gerichtsgebühren einschließenden Sinne. Auch die „öffentlichen Lasten" des im § 10 Nr. 3 ZVG. anerkannten Abgabenvorrechts sind ein weiterer Begriff (vgl. OLG. 33, S. 161).

[2]) Die positiven Stützen dieser Ansicht sind unleugbar schwach, aber die Zweckmäßigkeit spricht entscheidend für sie. So namentlich RG. Bd. 21, S. 46, Bd. 28, S. 86, Bd. 83, S. 206 und unter Aufgabe seiner früheren Praxis jetzt auch das bayer. ObLG. (Slg. n. F. 4, S. 301 ff.), das für den Bereich des Konkursrechts — abgesehen von der Gläubigeranfechtung (Art. IX EGKNov. v. 17. Mai 1898) — noch immer als Revisionsgericht mit dem Reichsgerichte konkurriert, eine im Gebiet des bürgerlichen Reichsrechtes ganz vereinzelt dastehende und eben darum bemerkenswerte Zuständigkeit. — Als Gebühren ermangeln des Vorrechts z. B. auch Fernsprechgebühren. Auch den Ansprüchen der Gemeinden auf Gebühren für Straßenreinigung, für die Benutzung einer Gemeindestraße (Pflasterzoll) oder für die Benutzung unterirdischer Entwässerungsanlagen (Kanalisationsabgabe) kommt das Vorrecht nicht zu. Steht aber einmal fest, daß alle diese dem Reiche, dem Staate, der Gemeinde geschuldeten Gebühren vom Abgabenvorrecht der Nr. 2 ausgeschlossen werden sollten, dann ist es auch verfehlt, sie unter die an „öffentliche Verbände" zu entrichtenden „Abgaben und Leistungen" im Sinne der Nr. 3 des § 61 einzureihen. (abw. Th. Wolff, KO.[2], § 61 Anm. 7). Das Entgelt für die Lieferung von Gas, Wasser oder Elektrizität aus städtischen Werken scheidet für beide Nummern schon deshalb aus, weil es auf Grund eines im privatwirtschaftlichen Betriebe der Stadt geschlossenen Vertragsverhältnisses geschuldet wird.

[3]) Das Gesetz über das Reichsnotopfer v. 31. Dezember 1919 (RGBl. S. 2189) hatte im § 40 die rückständigen und die für das Jahr der Konkurseröffnung laufenden Beträge der Til gungsrente ausdrücklich mit dem Vorrechte des § 61 Nr. 2 KO. ausgestattet.

[4]) Vgl. RFH. JurW. 1923, S. 590 (634). Über die Geltendmachung der Steuerkonkursforderungen siehe unten S. 133 Note 1.

Sinne des § 29 GewO. Dem Kurpfuscher bleibt es versagt. Bestehende Taxen begrenzen das Vorrecht, nicht die Forderung. Ob der Gemeinschuldner selbst behandelt wurde oder nicht, gilt gleich. Nur muß er haften[1]).

5. An fünfter und letzter Stelle steht das Vorrecht der Schutzbefohlenen. Es deckt Forderungen der Kinder, Mündel und Pfleglinge des Gemeinschuldners „in Ansehung" der „gesetzlichen", also nicht einer freiwillig überlassenen oder angemaßten Vermögensverwaltung. Dem soll geholfen werden, der sich nicht selber helfen konnte, sondern die Verwaltung seines Vermögens durch den Gemeinschuldner hatte dulden müssen. Der unbestimmte Wortlaut des Gesetzes bedarf zweckentsprechender Begrenzung. Unstreitig trifft er nur Konkursforderungen, nicht Aussonderungs- und Masseansprüche (§§ 43, 59). Namentlich steht also das Recht des Schutzbefohlenen auf Ausantwortung verwalteter Gegenstände, die dem Gemeinschuldner nicht gehören, hier außer Betracht[2]). Vielmehr handelt es sich vornehmlich um Schadensersatzansprüche aus dem Grunde pflichtwidriger (ungetreuer) Vermögensverwaltung und um Ansprüche wegen Verwendung von Mitteln des Schutzbefohlenen für eigene Rechnung des Verwalters[3]). Insoweit ist das Schutzbedürfnis begründet und das Vorrecht gerechtfertigt. Die Praxis will aber auch Forderungen geschützt wissen, die in der Person eines Dritten aus irgendwelchem Rechtsgrunde (z. B. Kauf oder Darlehen) gegen den späteren Gemeinschuldner entstanden und vor Konkursbeginn dadurch unter dessen Vermögensverwaltung gelangt waren, daß sie durch Erb- oder Sonderrechtsnachfolge auf den Schutzbefohlenen übergingen[4]). Zu solcher Auslegung nötigt weder der Wortlaut noch der Zweck des Gesetzes. Sie öffnet unlauteren Schiebungen Tür und Tor, da jeder gewöhnlichen, vielleicht beim Stande des Schuldnervermögens uneinbringlichen Forderung durch Abtretung an den Schutzbefohlenen das Vorrecht und damit in der Regel die volle Beitreibbarkeit verschafft werden könnte.

Alle übrigen Vorrechte des § 61 sind derart an zeitliche Schranken gebunden, daß sie nur Forderungen decken, die innerhalb einer gewissen Frist (binnen eines Jahres, beim Abgabenvorrecht binnen zwei Jahren) vor dem Konkurs entstanden oder fällig wurden. Das Vorrecht der Schutzbefohlenen kommt dagegen auch Ansprüchen zugute, deren Entstehung oder Verfall um viele Jahre zurückliegt[5]). Nur dann, wenn die Vermögensverwaltung schon längere Zeit vor dem Konkurs ihr gesetzliches Ende erreicht hatte[6]), greift eine eigentümliche Beschränkung des Vorrechts Platz. Es entfällt nämlich, wenn der Schutzbefohlene seit dieser Beendigung zwei Jahre hat verstreichen lassen, ohne seinen Anspruch gerichtlich außerhalb oder innerhalb des Konkurses und ersternfalls bis zum Konkursbeginn verfolgt zu haben. Nun konnte er sich selber helfen. Hat er das freiwillig unterlassen, dann rechtfertigt sich der Schutz nicht mehr.

B. **Besondere Vorrechte** haben:

1. Die Pfandbriefgläubiger im Konkurse der Hypothekenbank, und zwar in bezug auf die in das Hypothekenregister der Bank eingetragenen Hypotheken und Wertpapiere und auf das dem Treuhänder zur Pfandbriefdeckung anvertraute Geld (§ 35 HypBankG.).

---

[1]) Auch Privatkranken-, Privatentbindungs-, Privatirrenanstalten (§ 30 GewO.) und nicht minder Personen des öffentlichen Rechts, die Heilanstalten unterhalten (z. B. Kliniken einer Stadt oder Universität), üben die Krankenpflege und genießen das Vorrecht der Nr. 4. Die Krankenkassen der RVO. rangieren, wie ausgeführt, in der ersten Klasse.

[2]) Der Schutzbefohlene sondert sein Vermögen samt Surrogaten aus. Vgl. §§ 1646, 1681, 1686, 1890, 1915 BGB.

[3]) Vgl. §§ 1653, 1664, 1805, 1834, 1897, 1915 BGB.

[4]) Siehe z. B. RG. Bd. 39, S. 70, Bd. 45, S. 156.

[5]) Sie dürfen zwar noch nicht verjährt sein, aber die Verjährung der Ansprüche gegen diese Vermögensverwalter ist nicht etwa abgekürzt (§ 195 BGB.).

[6]) Also besonders dadurch, daß Kind oder Mündel volljährig geworden waren (§§ 1647, 1882 BGB.).

2. Die Versicherten im Konkurse der Lebensversicherungsanstalt (des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit und der Versicherungsaktiengesellschaft) am Prämienreservefonds wegen ihrer Forderung auf die rechnungsmäßige Prämienreserve (§ 61 III VAG.). Der § 51 VAG. unterscheidet im Konkurse des Versicherungsvereins a. G. drei Rangklassen der nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger[1]).

3. Die Einkaufskommittenten als Besteller von Wertpapieren im Sinne des § 1 DepotG. im Konkurse des Kommissionärs, wenn bei Konkursbeginn die Papiere vollständig bezahlt, aber noch nicht in das Eigentum der Besteller übergegangen sind, und zwar bei Befriedigung aus gleichartigen Wertpapieren der Masse und aus deren Ansprüchen auf Lieferung solcher Papiere (§ 7a DepotG).

In allen diesen drei Fällen finden auf die Befriedigung der Bevorrechtigten aus dem übrigen Konkursvermögen eine Reihe der für Absonderungsberechtigte geltenden Vorschriften (§§ 64, 153, 155, 156, 168 Nr. 3) entsprechende Anwendung (§ 35 HypBankG., § 61 VAG.). Andere Absonderungsnormen (z. B. § 48) sind unanwendbar.

Diese besonderen Vorrechte beschränken sich auf diejenigen Bestandteile der Konkursmasse, die von vornherein dazu bestimmt waren, den genannten Gläubigergruppen zur Deckung zu dienen. Damit hat es folgende Bewandtnis:

a) Die Hypothekenbanken, unter Staatsaufsicht stehende Aktien- oder Kommanditaktiengesellschaften[2]), betreiben gewerbemäßig die hypothekarische Liegenschaftsbeleihung mit der Ermächtigung, „auf Grund der erworbenen Hypotheken“ Schuldverschreibungen auszugeben (§§ 1, 3 HypBankG.) Die weitaus wichtigste Art dieser Schuldverschreibungen ist der Hypothekenpfandbrief, ein Wertpapier (regelmäßig Inhaberpapier) über eine festverzinsliche und nach bestimmtem Plane zu tilgende[3]) Schuld. Die Träger so verbriefter Rechte heißen Pfandbriefgläubiger. In ihrem Interesse verlangt das Gesetz, daß der Gesamtumlauf der Pfandbriefe stets durch Hypotheken von mindestens gleicher Höhe und Verzinsung gedeckt sei (§§ 6—9 HypBankG.). Im Falle eines nicht alsbald ausgleichbaren Rückstandes dieser Deckung (besonders infolge stärkerer Rückzahlung von Hypotheken) hat die Bank einen einstweiligen Deckungsersatz in Wertpapieren (des Reiches oder der Länder) oder in Geld zu beschaffen (§ 6 IV HypBankG.). Die zur Deckung der Pfandbriefe bestimmten Hypotheken und Wertpapiere sind von der Bank einzeln in ein eigenes Register, das Hypothekenregister, einzutragen (§ 22 HypBankG.). Ein staatlich bestellter Treuhänder überwacht die Erfüllung dieser Pflichten und verwahrt die Urkunden über die registrierten Hypotheken samt der Ersatzdeckung unter Mitverschluß der Bank (§§ 29ff HypBankG.). Bei solcher Gestaltung der Verhältnisse lag es nahe, den Pfandbriefgläubigern ein Pfandrecht an den Gegenständen der Deckungsmasse und damit außerhalb wie innerhalb des Konkurses eine dingliche Sicherung zuzuerkennen. Dieser Gedanke hat sich aber nicht durchzuringen vermocht. Das Gesetz begnügt sich mit einer abgeschwächten, auf den Fall des Konkurses der Bank beschränkten Gewähr (§ 35 HypBankG.). Danach haben die Pfandbriefgläubiger, untereinander gleichgestellt, vor allen andern Konkursgläubigern Befriedigung aus der Deckungsmasse zu beanspruchen. Diese Vorzugsbefriedigung steht wie die Absonderung unter dem Ausfallgrundsatze[4]). Sie ist aber keine Absonderung. Die Pfandbriefgläubiger sind vielmehr Konkursgläubiger[5]), die nur innerhalb des Konkurses (nur kraft Anmeldung und Feststellung, nur durch den Konkursverwalter) und nur unter den für Konkursgläubiger geltenden Schranken (z. B. §§ 14, 63 Nr. 1), folglich auch erst hinter Masse- und Absonderungsgläubigern Befriedigung zu beanspruchen haben[6]). Die Fassung ein-

---

[1]) Darüber unten S. 155.

[2]) Für ihren Konkurs gelten daher die Sondervorschriften der §§ 207ff. KO. Darüber unten § 31. Das Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899 ist durch eine Novelle vom 14. Juli 1923 (RGBl. I, S. 635), die im Art. III den § 17 I EG. KO. neu gefaßt hat, abgeändert worden. Siehe Note 5.

[3]) Auslosungen erübrigen sich im Konkurse nach § 65 KO.

[4]) Siehe unten S. 85ff.

[5]) Ihre Hypothekenpfandbriefe verbriefen weder Hypotheken noch Pfandrechte. Auch solche Kreditanstalten, die nicht zu den Hypothekenbanken gehören, aber (wie die landschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditvereine) Pfandbriefe ausgeben dürfen, sind durch § 17 I EG. KO. (Fass. v. 14. Juli 1923) darauf beschränkt, Konkursvorrechte in Ansehung der Deckungsmasse anzuerkennen.

[6]) Steht einmal fest, daß die Pfandbriefgläubiger Konkursgläubiger sind, dann würde die Annahme, daß sie während des Konkurses Zinsen aus der Deckungsmasse zu beanspruchen haben, nur zutreffen, wenn entweder der § 63 Nr. 1 ausgeschaltet oder der § 48 für anwendbar erklärt wäre. Das gilt auch gegenüber den Ausführungen von Nussbaum, Hypothekenwesen (2. Aufl. 1921), S. 249f. Es muß aber überhaupt bestritten werden, daß eine Verzinsung von Konkursforderungen während des konkursmäßigen Befriedigungsverfahrens angemessen ist [oben Seite 39].

heitlicher Willensentschließungen erleichtert ihnen eine im Schuldverschreibungsgesetze vom 4. Dezember 1899 (14. Mai 1914) für besondere Fälle, und zwar namentlich für den Konkursfall vorgesehene Organisation. Die Versammlung der Schuldverschreibungsgläubiger kann einen gemeinsamen Vertreter bestellen, der Forderungen und Vorrechte im Konkurs anzumelden hat (§ 19 SchuldverschrG.). Sie darf auch zum Zwecke der Sanierung notleidender Unternehmungen unter gewissen Kautelen den Zinsfuß ermäßigen, eine Stundung von Zinsen und Kapital bewilligen, auf Teile der Hypothekendeckung verzichten oder sonstwie die Rechte der Gläubiger beschränken, nur nicht — was freilich vielleicht das einzige Rettungsmittel sein kann — deren Kapitalansprüche herabsetzen (§§ 11—13 SchuldverschrG.)[1]). Im Zusammenhange mit der Zulassung wertbeständiger Pfandbriefe hat das Reichsgesetz über wertbeständige Hypotheken vom 23. Juni 1923 (RGBl. I S. 407) für die verschiedenen Gattungen der Pfandbriefe Rangsonderungen eingeführt (§ 9 Nr. 5).

b) Die Lebensversicherungsanstalten, besonders in der Gestalt von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und von Versicherungsaktiengesellschaften[2]), haben im Interesse der Versicherten einen Prämienreservefonds zu bilden und gesondert zu verwalten. Seine Bestände sind einzeln in ein Register einzutragen; die Eintragungen werden staatlich überwacht (§ 57 VAG.[3]). Ein Pfandrecht ist den Versicherten an dieser Deckungsmasse sowenig eingeräumt wie im Falle a) den Pfandbriefgläubigern, wohl aber wie diesen im Konkurse der Anstalt ein Vorrecht nach Maßgabe des § 61 VAG. (Neufassung vom 19. Juli 1923). Danach erlöschen infolge der Konkurseröffnung die Lebensversicherungsverhältnisse. Nun haben die Versicherten jedenfalls den Betrag zu beanspruchen, der als rechnungsmäßige Prämienreserve zur Zeit der Konkurseröffnung auf sie entfällt. Möglicherweise stehen ihnen noch weitere Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnisse zu. So namentlich auf die volle Versicherungssumme, wenn der Versicherungsfall schon vor dem Konkurs eingetreten, diese aber nicht entrichtet war. Das Vorrecht besteht in Ansehung der in das Bestandsregister des Prämienreservefonds eingetragenen Gegenstände, deckt aber nur „die Forderungen auf die rechnungsmäßige Prämienreserve insoweit, als für sie die Zuführung zu diesem Fonds vorgeschrieben ist.“ Weitergehende Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnisse sind einfache Konkursforderungen. Untereinander stehen die Vorrechtsgläubiger gleich. Der Ausfallgrundsatz gilt wie im Falle a). Wie dort greifen die für (bevorrechtete) Konkursgläubiger bestehenden Schranken ein. Das Konkursgericht hat zur Wahrung der Vorrechte einen Pfleger zu bestellen, der die den Versicherten zustehenden Ansprüche ermittelt und (unbeschadet der Anmeldungsbefugnis des einzelnen) anmeldet (§ 62 VAG.). Rettungsmaßnahmen zur Verhütung des Konkurses kann die Ausfichtsbehörde nach Maßgabe des § 69 VAG. treffen[4]). Auch die Lebensversicherungsanstalten haben unter den Folgen des Krieges empfindlich gelitten, zumal solche, die Versicherungen in ausländischer Währung zu erfüllen hatten, weil sie bisher auch die für solche Versicherungen erforderlichen Rücklagen dem Prämienreservefonds in Reichswährung hatten zuführen müssen[5]).

c) Das Vorrecht des Depotgesetzes beruht auf der VO. vom 21. November 1923 (RGBl. I S. 1119), einer Folgeerscheinung der „Effekten-Inflation“, die es den Banken unmöglich gemacht hatte, der Kommissionärpflicht zur Übersendung von Stückeverzeichnissen pünktlich nachzukommen. Jetzt entsteht diese Pflicht nur auf Verlangen des Kommittenten (§ 3 DepotG. i. F. d. VO.). War vor dem Konkurse des Kommissionärs das Stückeverzeichnis abgesandt worden, dann war spätestens damit das Eigentum an den verzeichneten Nummern von Rechts wegen auf den Kommittenten übergegangen, also hinsichtlich dieser bestimmten Stücke ein Aussonderungsrecht des Bestellers entstanden (§ 7 DepotG. mit § 43 KO.). War das Stückeverzeichnis aber nicht verlangt oder nicht abgesandt worden, noch auch sonst eine Übereignung

---

[1]) Hier versagt auch der konkursabwendende Zwangsvergleich des Geschäftsaufsichtsverfahrens, da an ihm die Pfandbriefgläubiger nur mit dem der Befriedigung aus der Deckungsmasse erlittenen Ausfall beteiligt sind (§ 36 AufsVO. mit § 35 HypBankG., § 64 KO.). Erst für den konkursbeendenden Zwangsvergleich ermöglicht das Gesetz den Kapitalerlaß (§ 18 VI gegen § 12 III SchuldverschrG.).

[2]) Bei jenen gelten für das Konkursverfahren gewisse Besonderheiten des Genossenschaftskonkurses (§§ 49ff. VAG.), bei diesen die §§ 207ff. KO. Darüber unten §§ 31, 32.

[3]) Das Versicherungsaufsichtsgesetz („Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen“) vom 12. Mai 1901 ist in jüngster Zeit namentlich durch die Novellen vom 30. Dezember 1921 (RGBl. 1922 I, S. 42) und vom 19. Juli 1923 (RGBl. I, S. 684) abgeändert worden.

[4]) Nach Abs. 2 des § 69 i. F. vom 19. Juli 1923 kann sie nötigenfalls die Verpflichtungen aus den laufenden Versicherungen dem Stande des Vermögens entsprechend, und zwar nicht mehr bloß um höchstens ein Drittel (wie bisher), sondern ohne feste Grenze (wie im vorbildlichen englischen Recht) ermäßigen. Die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses ist gegenüber der amtlichen Sanierung ausgeschaltet (§ 74 AufsVO.).

[5]) Erst in der Fassung der Novelle vom 30. Dezember 1921 gestattet das VAG. (§ 59 I Nr. 5), bei Fremdwährungsversicherungen dem Prämienreservefonds Rücklagen in gleicher Währung zuzuführen. Über die Behandlung der Fremdwährungsschulden wird lebhaft gestritten. Siehe LZ. 1924 Sp. 11, N. 25, mit Verweisen.

der Stücke erfolgt, dann soll nun jeder Besteller wegen seiner Forderung aus der Bestellung Vorzugsbefriedigung aus den im Eigentum oder Miteigentum der Masse stehenden Wertpapieren gleicher Gattung und aus den Ansprüchen der Masse auf Lieferung solcher Papiere (z. B. durch Verkaufskommittenten) verlangen dürfen. Ob die Papiere für Rechnung der Besteller oder für eigene Rechnung des Kommissionärs angeschafft waren, gilt gleich. Doch gehen dingliche Rechte Dritter (Pfandrechte, Eigentumsvorbehalt des Lieferanten) dem Vorzugsrechte der Besteller vor. Mehrere Besteller stehen ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Bestellung, Bezahlung und Lieferung bei der Vorzugsbefriedigung einander im Range gleich. Der Ausfallgrundsatz gilt wie in den Fällen a und b. Ein Pfleger der Vorzugsgläubiger kann wie im Falle b bestellt werden. § 7a DepotG. i. F. d. VO.

IV. Nebenansprüche von Konkursforderungen teilen nach Maßgabe des § 62 deren Rang, gegebenenfalls also deren Vorrecht. Dahin zählen:

1. Kosten, die dem Gläubiger schon vor dem Konkurse durch die gerichtliche und außergerichtliche Geltendmachung seiner Forderung erwachsen waren. So z. B. die Kosten einer Kündigung (vgl. § 132 BGB.) und die Kosten eines schon vor dem Konkurse gewonnenen Prozesses gegen den Schuldner.

2. Vertragsstrafen (§§ 339ff. BGB., § 348 HGB.), sie mögen neben oder statt der Erfüllung geschuldet sein. Letzternfalls kann der Strafanspruch den Inhalt der Konkursforderung erschöpfen; aber auch dann ist der § 62 Nr. 2 sinngemäß anzuwenden. Entscheidet sich der Konkursverwalter auf Grund des § 17 für Nichterfüllung, so hat der Vertragsgegner eine ihm für diesen Fall versprochene Vertragsstrafe als Konkursgläubiger (§ 26 Satz 2) an der Rangstelle des nicht erfüllten Anspruchs zu verlangen.

3. Zinsen einer Konkursforderung, bedungene oder gesetzliche, die bis zum Beginn des Konkurseröffnungstages aufgelaufen waren.

V. Konkursgläubigerrecht kraft Gesamthaftung. Haften mehrere Schuldner nebeneinander persönlich auf das Ganze, dann muß der Gläubiger im Konkurs eines jeden für die ganze bei Konkurseröffnung noch ausstehende Forderungssumme bis zur Vollbefriedigung berücksichtigt werden (§ 68). Teilzahlungen, die ein Mitschuldner während dieses Konkurses freiwillig oder gezwungen leistete, er mag selber im Konkurse stehen oder nicht, bleiben daher so lange außer Betracht, bis der Gläubiger den ganzen Forderungsbetrag erhalten hat. Teilzahlungen vor dem einzelnen Konkurse mindern dagegen für diesen von vornherein den Berücksichtigungsbetrag. Nebeneinander auf das Ganze haften vor allem Gesamtschuldner (§ 421 BGB.), aber auch Hauptschuldner und Bürge, falls diesem die Einrede der Vorausklage versagt ist (§ 773 BGB., §§ 349, 351 HGB.)[1]. Würde eine Konkursmasse noch Dividende auszahlen, nachdem der Gläubiger durch einen Mitschuldner vollbefriedigt war, dann stünde ihr ein Bereicherungsanspruch (condictio indebiti) zu. Die Ausgleichungsansprüche der Mitschuldner untereinander werden durch den Grundsatz des § 68 nicht berührt.

Beispiel. Hauptschuldner und Bürge geraten rasch nacheinander in Konkurs. Die Hauptschuld steht noch in voller Höhe von 100000 aus und wird in jedem Konkurse ganz angemeldet. Der Konkurs des Hauptschuldners endet zuerst und ergibt 60%. Gleichwohl nimmt der Gläubiger am Bürgenkonkurs auch fernerhin mit der vollen ursprünglichen Forderung von 100000 teil (bei den Verteilungen und bei den Abstimmungen). Er wird also ganz befriedigt, wenn der Bürgenkonkurs auch nur 40% abwirft. Würde dagegen der Bürgenkonkurs erst nach Beendigung des Schuldnerkonkurses eröffnet, dann dürfte der Gläubiger bloß die im Zeitpunkte der Eröffnung noch ausstehenden 40000 anmelden und erlitte daher selbst dann einen Ausfall, wenn dieser zweite Konkurs mit 99% endete. Hätte aber der zunächst allein eröffnete Schuldnerkonkurs mit einem Zwangserlasse von 60% abgeschlossen, so könnte auch in dem nun erst eröffneten Bürgenkonkurse der Gläubiger, wenn er bis dahin noch keinerlei Zahlung erhielt, die volle Forderung von 100000 anmelden, weil der Zwangserlaß die Bürgenhaftung nicht mindert (§ 193 Satz 2). Die erst nach Eröffnung des Bürgenkonkurses vom Hauptschuldner entrichtete Vergleichsrate würde den Konkursbeteiligungsbetrag bis zur Vollbefriedigung ungeschmälert lassen (§ 68).

[1]) Der § 68 gilt also im Konkurse des Bürgen immer schon dann, wenn der Hauptschuldner bereits im Konkurse steht (§ 773 I Nr. 3 BGB.). Als Gesamtschuldner haften aber Hauptschuldner und Selbstschuldbürge nicht (vgl. §§ 767f. gegen § 425 BGB.)

VI. Von der rechtlichen Stellung der Auslandsgläubiger und vom Einflusse des Reichsausgleichsgesetzes wird unten S. 160 mit S. 126, 136 Note 1 gehandelt.

§ 11.

3. Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung.

I. Die Gemeinschaft der Konkursgläubiger[1]) nimmt das einheitliche Interesse, das alle an einer möglichst ausgiebigen Befriedigung haben, dem Grundsatze der Selbstverwaltung entsprechend[2]) auch durch besondere Gläubigerschaftsorgane wahr. Zwar hat ja schon der Konkursverwalter unter persönlicher Verantwortlichkeit die Pflicht, dem gemeinsamen Wohle der Konkursgläubiger zu dienen. Er muß aber bei Erfüllung seiner Aufgaben zugleich das Interesse des Schuldners zur Geltung bringen, den er aus der Verwaltung des konkursbefangenen Vermögens verdrängt hat, und wird auch ihm wegen jeder schuldhaften Schädigung haftbar[3]). So besteht für die Gläubiger das Bedürfnis, darüber zu wachen, daß ihr gemeinsamer Vorteil bei der Abwicklung des Konkurses ausreichend berücksichtigt werde. Diesem Schutzzwecke dienen Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuß, jene als das obligatorische, dieser als das (regelmäßig) fakultative Gemeinschaftsorgan. Der „Gemeinwille“ wird wie im Verfassungsleben dadurch klargestellt, daß die mit der gesetzlichen Mehrheit gefaßten Versammlungsbeschlüsse rechtlich als Ausdruck des Willens der Gesamtheit zu gelten haben. Die Schwerfälligkeit dieses Verfahrens aber hat bei uns wie in der Mehrzahl der Auslandsstaaten dazu geführt, im Gläubigerausschuß eine leicht bewegliche Einrichtung zu schaffen. Er entlastet die Gläubigerversammlung in erheblichem Maße (§ 134) und wirkt darüber hinaus als ein den Verwalter überwachender Aufsichtsrat der Gläubigerschaft (§ 88). Für die Regel freigestellt, hat der Gläubigerausschuß in den ersten beiden Jahrzehnten der Herrschaft unserer KO. keine allzu große Rolle gespielt[4]); in der Folge wird er immer häufiger, besonders in den Großstädten. Das erklärt sich einmal daraus, daß der Verwalter sich selber zu entlasten sucht, indem er bei allen wichtigeren Entschließungen den Rat des Ausschusses einholt[5]), und deswegen dessen Einsetzung nach Kräften fördert. Zum andern aber erschleichen vielfach Personen, die aus der Mitgliedschaft im Gläubigerausschuß ein Gewerbe machen, mit oft recht unerfreulichen Mitteln seine Bestellung. Diese „Konkurshyänen“ wissen es zu erreichen, daß ihnen Gläubiger, namentlich Angehörige des Schuldners, für hohe Beträge Vollmacht erteilen, setzen dann den Beschluß einer Ausschußeinsetzung durch und wählen sich selbst als Mitglieder (§ 87 II), mehr zum persönlichen Vorteil und zu dem des Schuldners als zum gemeinsamen Besten der Konkursgläubiger. Dieses Unwesen hat zu einer unnützen Vermehrung der Ausschüsse und damit zu einer bedauerlichen Steigerung der Massekosten (§§ 58 Nr. 2, 91) geführt. Das Konkursgericht wird gegenüber dem Beschlusse zweckloser Einsetzung auf dem Wege des § 99 ankämpfen müssen. Was aber die Entlastung des Verwalters betrifft, so decken ihn Beschlüsse der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses nicht unter allen Umständen. Selbst dort, wo das Gesetz dem Verwalter gebietet, Ausschuß oder Versammlung zu befragen, können besondere Umstände, wie das pflichtwidrige Verschweigen erheblicher Tatsachen, seine persönliche Haftbarkeit begründen. Wo er aber selbständig zu entscheiden hat, vermag er die Verantwortung erst recht nicht durch Einholung eines Zustimmungsbeschlusses von sich abzuwälzen.

Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung haben einen ganz bestimmten, gesetzlich abgegrenzten Wirkungskreis. Namentlich sind die Aufgaben des

[1]) Siehe oben § 10 II. [2]) Oben Seite 3. [3]) Siehe unten § 12.

[4]) Noch bis 1900 hat er nach der Statistik durchschnittlich in zwei Dritteilen der Konkurse gefehlt.

[5]) Auch wo das Gesetz die Befragung nicht gebietet, wie vor der Bestreitung hoher Konkursforderungen, vor der Anerkennung von Konkursforderungen der Angehörigen des Schuldners.

Ausschusses erschöpfend geregelt. Es ist keineswegs so, als ob ihm die Gläubiger seine Instruktion erteilten. Er ist nicht ein „Bevollmächtigter der Gläubigerschaft". Er hat keine Vertretungsmacht und keine Parteifähigkeit[1]).

II. **Der Gläubigerausschuß** (§§ 87—92). Seine Aufgabe besteht darin, als Beirat der Gläubiger den Verwalter zu unterstützen und zu überwachen (§ 88). Seine Befugnisse und Obliegenheiten sind durch Einzelvorschriften bestimmt (§§ 84, 86—88, 92, 93, 100, 123, 129, 132—135, 137, 150, 159, 176—180, 184). Dabei scheidet das Gesetz Verrichtungen, die der Ausschuß als Kollegium, und Verrichtungen, die seine Mitglieder wahrzunehmen haben. Gerade die allgemeine Aufgabe, den Verwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen, legt das Gesetz den einzelnen Mitgliedern unter persönlicher Verantwortlichkeit auf mit der Ermächtigung, seine Bücher und Korrespondenzen einzusehen und seine Kasse zu prüfen[2]). Auch kann der Verwalter über hinterlegte Massewerte nur mittels einer von einem Ausschußmitglied gegengezeichneten Quittung oder Anweisung verfügen (§ 137). Im übrigen wird der Ausschuß nur als Kollegium tätig, das die gesetzlich gebotenen Beschlüsse dann wirksam faßt, wenn die Mehrheit der Mitglieder an der Beschlußfassung teilnimmt und die für den Beschluß abgegebenen Stimmen absolut überwiegen (§ 90)[3]). Bedeutsam ist namentlich, daß der Konkursverwalter vor besonders wichtigen oder ungewöhnlichen Verwaltungsmaßnahmen die Billigung des Ausschusses als solchen einzuholen hat. Dabei unterscheidet das Gesetz Fälle, in denen mangels eines Ausschusses die Gläubigerversammlung zu befragen ist, und solche, da der Verwalter beim Fehlen eines Ausschusses selbständig vorgehen darf, weil hier Versammlungsbeschlüsse zu umständlich oder nicht „diskret" genug wären. Zur letzteren Gruppe (nur Ausschußerlaubnis einzuholen) gehören nach § 133 z. B. geschäftliche Maßnahmen, die einen erhofften Zwangsvergleich gefährden könnten, das Erfüllungsbegehren der §§ 17ff. (weil es Masseschulden auslöst), die Neuerhebung von Klagen, die Ablehnung der Prozeßaufnahme (nicht die Aufnahme selbst), die Anerkennung von Aussonderungs-, Absonderungs- oder Masseansprüchen[4]); zur ersten dagegen (Ausschuß und mangels eines solchen Versammlung zu befragen) nach § 134 z. B. die freihändige[5]) Liegenschaftsveräußerung, der Verkauf des Warenlagers im ganzen[6]), Darlehnsauf-

[1]) Das beliebte Bild, er handle als „Organ" der Gläubigerschaft, darf nicht mißverstanden werden. Ein Werkzeug im Gläubigerinteresse soll er sein, aber er hat nur eine nach innen gerichtete Wirksamkeit.

[2]) So der Abs. I des § 88. Dagegen weist der Abs. II dem Ausschuß als solchem (nicht seinen einzelnen Mitgliedern) das Recht zur Einholung von Berichten und die Pflicht, mindestens einmal im Monat die Kasse des Verwalters durch ein Mitglied revidieren zu lassen, zu.

[3]) Besteht der Ausschuß aus 5 Mitgliedern, dann müssen mindestens 3 an der Abstimmung teilnehmen und davon mindestens 2 für den Beschluß stimmen. Bei Stimmengleichheit kommt ein gültiger Beschluß nicht zustande. Ein Zweimännerausschuß kann also wirksam nur mit Stimmeneinheit beschließen. Ungerade Mitgliederzahl empfiehlt sich daher. Ob schriftlich (im Umlaufsweg) oder mündlich abzustimmen ist, wer die Abstimmung zu veranlassen, eine Beratung zu leiten hat, bestimmt der Ausschuß. Er regelt in Ermanglung gesetzlicher Vorschriften seinen Geschäftsgang selbst. In der Praxis pflegt der Konkursverwalter die Ausschußmitglieder einzuberufen. Er ist aber zur Teilnahme an Ausschußberatungen nicht verpflichtet und gegen den Willen des Ausschusses auch gar nicht berechtigt. Können Mitglieder wirksam auch dann abstimmen, wenn über ein Rechtsgeschäft mit ihnen oder über Prozesse gegen sie Beschluß gefaßt werden soll? Das wird nicht im Sinne des Gesetzes liegen (vgl. § 89).

[4]) Die Nr. 2 des § 133 sollte nur größere Sachen treffen. Auch mangels ausdrücklicher Vorschrift wird daher die Schranke (Wert von mehr als 300 Mk.) auf Goldmark zu deuten sein.

[5]) Den Gegensatz bildet die öffentliche Versteigerung (§ 383 III mit § 156 BGB.), sie mag eine freiwillige oder eine vollstreckungsmäßige sein (vgl. §§ 172ff. ZVG.), denn beide bieten ausreichende Gewähr ordnungsmäßigen Vollzugs.

[6]) Ob der Verwalter ein gewerbliches Unternehmen als Betriebseinheit (mit der Kundschaft, den Geschäftsgeheimnissen) oder nur das Warenlager im ganzen veräußern oder ob er einen Ausverkauf im einzelnen vornehmen soll, ist offene Zweckmäßigkeitsfrage. Im ersten Falle muß „das Geschäft" zunächst für Rechnung der Masse fortgeführt werden (§ 132); eine Mitveräußerung der Firma aber setzt persönliche Bewilligung des Schuldners voraus. Siehe unten S. 65. Einen

nahme, Verbürgung, Anschaffung von Grundstücken für die Masse. Bei keiner der beiden Gruppen beeinträchtigt der Genehmigungsmangel den Rechtsbestand der im Rahmen der gesetzlichen Aufgabe des Verwalters liegenden Handlung, sie mag im Erfolge für die Masse vorteilhaft sein oder nicht (§ 136)[1]). Letzternfalls kann er aber persönlich haftbar werden (§ 82).

Bestellen kann den Ausschuß vorläufig das Konkursgericht, endgültig dagegen nur die Gläubigerversammlung. Der vorläufige ist aus Gläubigern oder Gläubigervertretern zusammenzusetzen (die in der Praxis meist der Konkursverwalter vorschlägt) und tritt bei Beginn des ersten Gläubigertermins von selbst außer Wirksamkeit. Den endgültigen bildet die Gläubigerversammlung, die auch andere geeignete Personen (natürliche oder juristische) zu Mitgliedern wählen darf (§ 87). Jede spätere Gläubigerversammlung kann die Zusammensetzung ändern und ergänzen. Die Bestellung von Ersatzmännern für Fälle des Ausscheidens und der vorübergehenden Verhinderung (z. B. wegen Interessenkollision) ist statthaft und empfehlenswert. Unerläßlich ist der Ausschuß nur im Genossenschaftskonkurse, weil die Rücksicht auf haft- und nachschußpflichtige Genossen hier eine verstärkte Überwachung des Verwalters gebietet. Dieser Ausschuß muß vom Konkursgericht schon bei Eröffnung des Verfahrens bestellt werden. Die Gläubigerversammlung kann lediglich seine Zusammensetzung ändern (§ 103 GenG.[2])).

Die Ausschußmitglieder haben wegen ihrer Tätigkeit als einzelne und im Kollegium Anspruch auf Ersatz angemessener Barauslagen und auf Honorar. Auslagen und Honorar setzt stets das Konkursgericht nach freiem Ermessen fest (§ 91). Wegen vorsätzlicher oder auch nur fahrlässiger Verletzung der dem Ausschuß als Kollegium wie der den einzelnen Ausschußmitgliedern obliegenden Pflichten sind die letzteren allen Beteiligten (auch dem Gemeinschuldner) als Gesamtschuldner haftbar (§ 89 KO., §§ 421, 426 BGB.). So z. B. bei pflichtwidriger Versäumung der im § 88 II 2 gebotenen Kassenrevision. Während des Konkurses kann den Anspruch auf Ersatz wegen Schädigung der Masse nur der Konkursverwalter oder dessen Nachfolger als einen Bestandteil der Konkursmasse geltend machen (§ 6). Seine Ermächtigung dazu besteht auch dann, wenn der Ausschuß die nach § 133 Nr. 2 einzuholende Zustimmung zur Klageerhebung versagt (§ 136)[3]).

III. **Die Gläubigerversammlung** (§§ 93—99) ist die vom Konkursgericht berufene und geleitete Generalversammlung der Konkursgläubiger. Ihre Rechte und Obliegenheiten, vom Gesetz erschöpfend bestimmt, dienen dem gemeinsamen Wohle der Gläubiger (§§ 80, 84, 87, 91, 92, 100, 131—137, 162, 182). Die Gläubigerversammlung hat besonders das Recht, einen anderen als den vom Konkursgericht ernannten Verwalter vorzuschlagen (§ 80), endgültig darüber zu befinden, ob ein Gläubigerausschuß zu bestellen und wie er zusammenzusetzen sei (§ 87 II), dem Schuldner eine Unterstützung aus Massemitteln zu bewilligen, über die Schließung oder Fortsetzung

„Konkursmasse-Ausverkauf" darf nur der Verwalter selbst ankündigen, nicht der Dritte, der Geschäft und Warenlager vom Konkursverwalter erworben hat. Dieses weit überspannte Verbot des § 6 UWG. trifft sogar die wahrheitsgemäße Angabe der Herkunft aus einer Konkursmasse. Es sollte den Kleinbetrieb gegen die Ankündigung von Massenausverkäufen schützen, gereicht nun aber den Konkursgläubigern zu schwerem Schaden, weil es dem Ankauf einer Masse viel von seiner Zugkraft nimmt.

[1]) „Genehmigung" im Sinne der §§ 133, 134 ist nach dem Zwecke wie nach der sonstigen Fassung des Gesetzes („wenn... vorgenommen werden sollen") unzweifelhaft die vorgängige Erlaubnis. Sie kann durch gerichtlichen Konsens nicht ersetzt werden. Unter Umständen wird der Verwalter zu selbständigem Vorgehen dadurch gedrängt, daß in der ordnungsmäßig einberufenen Gläubigerversammlung niemand erscheint. Weil das Genehmigungserfordernis nur innenrechtliche Bedeutung hat, bedarf die Genehmigung auch Behörden (Gerichten, Grundbuchämtern) gegenüber keines Nachweises. Namentlich hat der Konsens zur Anhängigmachung von Klagen nicht den Sinn einer „Ermächtigung zur Prozeßführung" (§§ 51, 56 ZPO.).

[2]) Für den Konkurs des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit hat der § 52 VAG. trotz der genossenschaftlichen Gestaltung dieses Vereins den § 103 GenG. nicht übernommen.

[3]) Siehe Note 1 u. RG. Bd. 20, S. 110.

des Geschäfts zu entscheiden (§ 132), einzelne wichtige oder ungewöhnliche Verwaltungsakte in Ermangelung eines Gläubigerausschusses[1]) zu genehmigen (§ 134) und die Schlußrechnung des Verwalters abzunehmen (§ 162). Die Berufung der Gläubigerversammlung ist namentlich in den Fällen der §§ 86, 93 I 2, 110, 162, 179 geboten. Berufung und Tagesordnung sind öffentlich bekanntzumachen (§§ 93 II, 98). Eine dreitägige Ladungsfrist muß offen bleiben (§ 72 KO. mit § 217 ZPO.).

Stimmrechte in der Gläubigerversammlung verleihen nur Konkursforderungen, und zwar unantastbar nur die festgestellten (§ 144 I) zum festgestellten Betrage. Ob und inwieweit bestrittenen, ungeprüften, bedingten oder Ausfall-Forderungen ein Stimmrecht zu gewähren sei, entscheidet im Falle des Widerspruchs (unanfechtbar) das Konkursgericht (§§ 95, 96[2])). Bei der Beschlußfassung zählen lediglich die im Termine selbst abgegebenen Stimmen erschienener oder vertretener Konkursgläubiger (§ 97)[3]). Es entscheidet absolute Mehrheit der Forderungsbeträge (Summenmajorität)[4]), im Falle einer (kaum vorkommenden) Summengleichheit die Zahl der Gläubiger (Kopfmajorität, § 94). Besonderheiten gelten für den Zwangsvergleich.

Auf den noch in der Versammlung gestellten Antrag des Verwalters oder eines überstimmten Gläubigers hat das Konkursgericht die Ausführung eines dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger widerstreitenden Beschlusses zu untersagen (§ 99). So z. B. den Beschluß, das Geschäft des Gemeinschuldners zu schließen (§ 132), wenn es offenbar so lebensfähig ist, daß sich eine Veräußerung des Unternehmens im Betrieb und darum ein weit höherer Erlös erhoffen läßt, als ihn der Verkauf des Warenlagers oder gar der Einzelausverkauf erbringen würden. So ferner z. B. irgendein nach § 134 genehmigtes, nun vom Verwalter abzuschließendes Rechtsgeschäft, von dem zu besorgen ist, daß es ganz einseitig dem Schuldnerinteresse dient. Von Amts wegen kann das Gericht dieses Veto nicht einlegen. Gegen die Zurückweisung des Antrags auf Untersagung steht dem Antragsteller, gegen die Untersagung dem Konkursverwalter und jedem einzelnen Konkursgläubiger (der nicht etwa selbst gegen den nun untersagten Versammlungsbeschluß gestimmt hatte) die sofortige Beschwerde zu (§ 73 III). Solche Versammlungsbeschlüsse, die nicht von einer gerichtlich berufenen und geleiteten Gläubigervielheit oder über eine nicht ordnungsmäßig bekanntgemachte Tagesordnung gefaßt worden sind, ermangeln von vornherein jeder Wirksamkeit. Ihr Vollzug würde von Amts wegen zu verbieten sein.

---

[1]) Darüber schon unter II. Nur in Fällen des § 134, nicht in solchen des § 133 hat die Gläubigerversammlung eine Zustimmungsmacht, und auch hier steht sie nur ersatzweise hinter dem Ausschusse. Sie bildet keineswegs ein dem Gläubigerausschuß übergeordnetes Organ, das dessen Beschlüsse berichtigen oder seinen Mitgliedern die Verantwortung abnehmen könnte.

[2]) Da mindestens eine Gläubigerversammlung (§ 110) stattfindet, ehe die Forderungen geprüft werden können (§ 138), muß das Gesetz auch ein Stimmrecht ungeprüfter Forderungen anerkennen. Sie sind so lange zum vollen Betrage stimmberechtigt, als ein Widerspruch vom Verwalter oder einem stimmberechtigten Gläubiger in der Versammlung nicht erhoben wird. Auf einen solchen (in der ersten Gläubigerversammlung nur selten vorkommenden) Widerspruch entscheidet das (hier meist auf unsichere Unterlagen angewiesene) Konkursgericht unanfechtbar, aber nur mit Wirksamkeit für den einzelnen Termin, ob und zu welchem Betrage der Anmelder mitstimmen darf. § 95 II, III. Ob einer geprüften, aber bestrittenen Forderung ein Stimmrecht zuzubilligen sei, soll nach dem Gesetze noch im Prüfungstermin selbst durch Einigung oder Gerichtsbeschluß bestimmt werden. Ein solches Stimmrecht wird „bleibend", also auch für spätere Termine, zuerkannt (§ 95 I, III). Da nun aber im Prüfungstermin als solchem überhaupt nicht abgestimmt wird, auch das Gericht seine Entscheidung später auf Antrag ändern könnte (§ 95 I 4), besteht tatsächlich nur ein geringes Interesse an solcher Stimmrechtsfestsetzung. In den meisten Prüfungsterminen unterbleibt sie. — Strafbarkeit eines Stimmverkaufs: § 243.

[3]) Eingesandte schriftliche Voten zählen nicht.

[4]) Es müssen also mehr als die Hälfte der zählenden Forderungsbeträge für jeden einzelnen Antrag (z. B. einen Gläubigerausschuß von drei Mitgliedern zu bestellen, den A, den B, den C als Mitglied zu wählen) abgegeben sein.

III. Der Konkursverwalter.

§ 12.

I. Nach dem unser Konkurssystem beherrschenden Gedanken der Selbstverwaltung wird die Verfolgung des Konkurszweckes nicht der Amtstätigkeit einer staatlichen Behörde, sondern dem eigenen Handeln der Beteiligten anvertraut[1]). Im Vollzuge dieser (gesetzlich geregelten und gerichtlich überwachten) Selbsthilfe fällt die Hauptrolle dem Konkursverwalter zu. Seine **Aufgaben** bewegen sich im wesentlichen nach zwei Richtungen: er hat die Teilungsmasse so vollständig als möglich zusammenzubringen und ihrem Zwecke zuzuführen, die Schuldenmasse aber von allen Ansprüchen freizuhalten, die in Wahrheit keine Konkursforderungen sind. In diesem Sinne hat er auch schwebende Rechtsverhältnisse und Prozesse abzuwickeln[2]). Im Vergleichsverfahren weist ihm das Gesetz nur untergeordnete Aufgaben zu.

1. Was zunächst die Teilungsmasse betrifft, so hat sie der Konkursverwalter in selbständiger Tätigkeit und unter persönlicher Verantwortung zu bilden, zu verwalten, zu verwerten und auszuschütten (§§ 117 ff., 149 ff.). Er schaltet und waltet im allgemeinen nach seinem eignen pflichtmäßigen Ermessen. Um überstürzte und sachwidrige Verwaltungsmaßnahmen zu verhüten, gebietet das Gesetz in bestimmten Fällen dem Verwalter, sich des Einverständnisses der Gläubigergemeinschaft zu versichern (§§ 132 ff.)[3]). Keineswegs aber kann ihn das Gericht in der Frage, wie die Verwaltung zweckmäßig zu führen sei, durch Anweisungen binden. Der Konkursverwalter ist nicht etwa eine unselbständige Hilfskraft des Gerichts und darum auch nicht mittelbar ein Staatsorgan. Mit staatlicher Zwangsgewalt ist er nicht betraut, „Eigenmacht" im Sinne der Besitzschutzlehre ihm nicht „gestattet". Widerstand, den der Schuldner einer Besitzergreifung des Verwalters oder einer Räumung dem Gebote des § 117 zuwider entgegensetzt, wird durch Erwirkung der Beugehaft oder mit Hilfe eines Gerichtsvollziehers gebrochen, den das Konkursgericht vermöge der ihm anvertrauten Zwangsgewalt (§ 101 II) dem Konkursverwalter beiordnet[4]). Dritten gegenüber ist der Konkursverwalter auf die gerichtliche Geltendmachung der Herausgabeansprüche des Schuldners angewiesen (§ 6). Da der Verwalter ganz anders als der Gerichtsvollzieher (§ 155 GVG.) nicht Beamter im Sinne des StGB. (§ 359) ist, sondern ein Privatamt bekleidet, begeht der Gemeinschuldner, der den Verwalter gewaltsam an der Inbesitznahme zur Masse gehörender Sachen hindert, nicht etwa Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 StGB.) und ebensowenig Verstrickungsbruch (§ 137 StGB.), wenn er vorsätzlich eine vom Verwalter zur Masse gezogene Sache beiseite schafft[5]).

Im Interesse aller Beteiligten hat der Konkursverwalter die zur Masse gehörenden Vermögenswerte und die Schulden in einem Inventar systematisch zu ver-

---

[1]) Oben Seite 3.

[2]) Oben §§ 7, 8. Der Konkursverwalter des geltenden Rechts vereinigt also die im gemeinen Konkursrecht getrennten, aber nicht durch innere Gegensätzlichkeit geschiedenen Verrichtungen eines curator bonorum und eines contradictor.

[3]) Und auch dieses Erfordernis bedingt die Wirksamkeit seiner Maßnahmen nicht (§ 136). Oben § 11 unter II.

[4]) Gestützt auf die Motive (S. 340), nimmt die herrschende Lehre an, der Eröffnungsbeschluß bilde einen Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Nr. 3 ZPO., dessen vollstreckbare Ausfertigung (§ 724 ZPO.) den Gerichtsvollzieher gegenüber dem Schuldner zu gewaltsamer Wegnahme und Räumung nach Maßgabe der §§ 883, 885 ZPO. ermächtige. Eine recht gequälte Konstruktion. Der Beschlag, den der Eröffnungsbeschluß verhängt, vollzieht sich von Rechts wegen. Hier stehen nur mittelbare Folgen in Frage, die der Beschluß mit der für einen Titel unbedingt erforderlichen Bestimmtheit gar nicht bezeichnet. Eine einigermaßen freie Gesetzesauslegung schließt aus der im § 101 II anerkannten Zwangsmacht des Konkursgerichts auf dessen Befugnis zur Beiordnung eines mit bestimmter Weisung zu versehenden Gerichtsvollziehers.

[5]) Siehe S. 3, 12 f., 58 f.

zeichnen und in einer Bilanz rechnerisch abzugleichen, Inventar und Bilanz aber zur Einsicht auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen (§ 124). Auf Grund des Inventars kann der Schuldner auf Antrag (nicht von Amts wegen) zur Leistung des Offenbarungseides angehalten werden, da sich das Inventar zum wesentlichen Teile auf seine Angaben stützen wird (§ 125). In entsprechender Anwendung des § 807 ZPO. hat er zu schwören, daß er nach bestem Wissen sein bei Konkurseröffnung vorhandenes Vermögen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei. Auf das Verfahren finden die §§ 900ff. (mit §§ 478ff.) ZPO. entsprechende Anwendung. Es beginnt also nicht mehr, wie der Wortlaut des § 125 KO. noch besagt, mit einer Parteiladung, sondern mit dem Antrag des Verwalters oder eines Konkursgläubigers auf Ladung im Amtsbetrieb, und zwar mit einem Antrag an das Vollstreckungsgericht (§ 899 ZPO.), nicht an das Konkursgericht als solches. Zur Erzwingung des Eides findet das Haftverfahren der §§ 901ff. ZPO. statt[1]).

Die Umsetzung der ermittelten Massegegenstände in Geld erfolgt, sobald dies dem Verwalter zweckmäßig erscheint. Wie die Zeit, so bestimmt er auch die Art der Verwertung nach pflichtmäßigem Ermessen. An die Formen der Zwangsvollstreckung ist diese (anders als im gemeinen Recht) nicht gebunden. Doch gestattet das Gesetz dem Verwalter, unbewegliche Gegenstände schlechthin, Fahrnis dann, wenn daraus abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, im Vollstreckungswege zu verwerten (§§ 126, 127 KO., §§ 172ff. ZVG.). Diese Verwertungsart führt zu einfacher, zuverlässiger Auseinandersetzung mit Absonderungsgläubigern und erspart der Masse jede Gewährpflicht (§ 56 Satz 3 ZVG., § 806 ZPO.). Vorteilhafter pflegen freiwillige Veräußerungen, besonders Freihandverkäufe[2]) zu verlaufen, da sie einen geringeren Kostenaufwand verursachen, die alsbaldige Ausnutzung einer günstigen Gelegenheit ermöglichen und nicht selten Hypothekenausfälle vermeiden, die bei der Zwangsversteigerung zu erwarten wären.

Zur Teilungsmasse gehört auch die Rückgewähr anfechtbar veräußerter Gegenstände (§ 37). Die Geltendmachung dieser Ansprüche steht ausschließlich dem Verwalter zu (§ 36).

2. In Ansehung der Schuldenmasse (§§ 138ff.) obliegt dem Verwalter die schwere und verantwortliche Aufgabe, die Anmeldungen auf ihre Berechtigung nachzuprüfen. Der Zweck des Konkurses bringt es mit sich, daß die Teilnahme nicht auf Gläubiger mit bereits vollstreckbaren Ansprüchen beschränkt, sondern zunächst jedem Anmelder eröffnet wird. Einem besonderen Feststellungsverfahren bleibt es vorbehalten, den Kreis der Teilnehmer auf die in Wahrheit Berechtigten zu begrenzen. Die Seele des ganzen Prüfungsvorganges ist der Verwalter. Auf seine Gewissenhaftigkeit pflegt die große Mehrheit der Konkursgläubiger sich zu verlassen. Das Konkursgericht aber hat das Ergebnis der Unbestrittenheit einer Anmeldung einfach hinzunehmen und mit voller Feststellungskraft in der Konkurstabelle zu beurkunden (§§ 144, 145). Und doch ist der Verwalter, wenn er Behauptungen und Belege der Anmelder nachprüft, im wesentlichen angewiesen auf Auskünfte, die er aus dem Munde oder aus den Büchern und dem Briefwechsel des Gemeinschuldners schöpft oder von dessen Angehörigen oder Angestellten erhält, also auf private, nicht im Wege gerichtlicher Beweiserhebung ausgebeutete Quellen[3]).

[1]) Abnahme und Erzwingung des Eides sind gebührenfrei (§ 46 GKG. i. F. v. 21. XII. 1922). Auf Auslagen, besonders auf die Haftkosten selbst (§ 72 Nr. 8 GKG.), erstreckt sich die Befreiung nicht. Die Haftkosten trägt der Antragsteller (§ 911 ZPO.), beim Verwalterantrag die Masse (§ 59 Nr. 1 KO.). — Ist der Schuldner prozeßunfähig (z. B. entmündigt), dann hat den Eid statt seiner zu leisten, wer zur Zeit der Leistung allgemeiner gesetzlicher Vertreter (z. B. zu dieser Zeit der Vormund des Entmündigten) ist.

[2]) Vgl. §§ 21 III, 134 Nr. 1 und siehe wegen der Begriffe oben S. 53 Note 5.

[3]) Das Gesetz bietet freilich im § 75 eine Handhabe, die es dem Verwalter ermöglicht, auch bei der Prüfung von Konkursforderungen, amtliche Ermittlungen durch das Konkursgericht zu veranlassen. Die Praxis macht aber von dieser Möglichkeit so gut wie gar keinen Gebrauch. Siehe unten S. 121.

Wie zur Mehrung der Teilungsmasse kann die in die Hände des Konkursverwalters gelegte Anfechtung auch zur Minderung der Schuldenmasse führen.

II. **Die Ernennung** des Konkursverwalters steht beim Konkursgericht (§ 78) und hat gleich bei Konkurseröffnung zu erfolgen (§ 110 I). Die nächste Gläubigerversammlung darf zwar, wenn ihr der Ernannte nicht genehm ist, eine andere Person vorschlagen[1]); aber das Gericht kann dem Vorgeschlagenen die Ernennung versagen (§ 80). Während im Auslande vielfach die Gläubiger den Konkursverwalter zu bestellen oder doch bindend vorzuschlagen haben, hat bei uns das Konkursgericht freie Hand. Das empfiehlt sich schon deshalb, weil der Verwalter auch das objektiv gewürdigte Interesse des Schuldners, nicht nur das Interesse der Gläubiger oder gar nur das der betriebsamsten Gläubigergruppe zu wahren hat. Keinesfalls soll er sich als Sachwalter einer Clique fühlen. Auch die Frage, welchem Berufskreise der Konkursverwalter zu entnehmen sei, steht ganz dem pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts anheim. Ein Verwalter hat Aufgaben tatsächlicher und rechtlicher Art zu lösen, von denen bald die einen, bald die andern überwiegen. Dort verdienen kaufmännisch oder technisch geschulte, hier rechtsgelehrte Verwalter den Vorzug. Ein allgemeiner Anwaltszwang wäre ebenso unangemessen wie ein allgemeiner Anwaltsausschluß. Die Auswahl ist eine von Fall zu Fall zu entscheidende Zweckmäßigkeitsfrage[2]). Befähigt zum Verwalteramte sind alle geschäftsfähigen natürlichen Personen, auch Frauen, auch Konkursgläubiger, auch nahe Angehörige des Schuldners (zumal sie vielleicht das Amt unentgeltlich führen), nach der gesetzlichen Gestaltung des Verhältnisses zwischen Verwalter und Gemeinschuldner aber (vgl. §§ 6, 121, 125, 129 I) weder der Schuldner persönlich (als solcher auch nicht der Erbe im Nachlaßkonkurse) noch dessen allgemeiner gesetzlicher Vertreter (z. B. Vormund)[3]). Eine förmliche Verpflichtung des Verwalters, etwa durch Handschlag oder Beeidigung, erfolgt nicht. Zum Ausweise gegenüber Dritten erhält er eine Bestallung (§ 81), die als gerichtliches Zeugnis eine öffentliche Urkunde (z. B. im Sinne des § 29 GBO.) bildet. Eine Verpflichtung zur Übernahme des Amtes besteht von Rechts wegen nicht.

Für mehrere getrennte Geschäftszweige (Fabrik und Ladengeschäft, Bierbrauerei und Tuchhandlung) können mehrere Verwalter — aber nur unter Trennung der Geschäftszweige, nicht zu gemeinschaftlichem Handeln — bestellt werden (§ 79).

III. Der Konkursverwalter bekleidet **ein Amt** (§§ 81, 84, 86), aber nicht ein öffentliches, sondern ein bürgerliches Amt. Er wirkt wie der Nachlaßverwalter als ein mit der Befriedigung der Gläubiger aus einer bestimmten Vermögensmasse betrauter Pfleger im Interesse von Privatpersonen. Wie die Nachlaßverwaltung reiht die Konkursverwaltung sich dem Oberbegriffe der Vormundschaft

---

[1]) Auch können die Gläubiger in einem Gläubigerausschusse Männer ihres Vertrauens dem Verwalter als Aufsichtsrat zugesellen (§§ 87, 88). Ernennung und Vorschlagsablehnung sind förmliche Beschlüsse, die der Gemeinschuldner und jeder Konkursgläubiger mit der sofortigen Beschwerde anfechten kann (§ 73 III). Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung haben als solche keine Beschwerdebefugnis, weil ihnen das Gesetz keine dahingehende Vertretungsmacht einräumt.

[2]) Siehe LZ. 1909, Sp. 1 ff. (Äußerungen deutscher Konkursgerichte). Gegenüber der gesetzlichen Freiheit des Richters haben Anordnungen der Justizverwaltung, die z. B. die vorgängige Befragung von Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftskammern vorschreiben oder die Berücksichtigung gewisser Berufszweige empfehlen oder widerraten, keine den Rechtsbestand der Bestellung bedingende Wirksamkeit. In einzelnen Großstädten, besonders in Berlin, hat sich ein Stand von Berufsverwaltern herausgebildet. Auch hier handelt es sich aber durchaus um private Bewerbungen. Eine Zulassung im Sinne der RAO. erfolgt nicht. Weder ist das Gericht genötigt, nur solche Bewerber zu berücksichtigen, noch der Bewerber, in jedem Einzelfalle das Amt zu übernehmen. Der Bestellte erwirbt keinen Anspruch gegen den Staat, weder einen bürgerlichrechtlichen noch einen öffentlichrechtlichen, sondern nur die Anwartschaft auf das Massegläubigerrecht der §§ 85, 58 Nr. 2.

[3]) Die an eine Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte geknüpfte „Unfähigkeit" des § 34 Nr. 6 StGB. (Art. 34 I EG. BGB.) wirkt hier wie bei anderen Vermögenspflegschaften den §§ 1781 Nr. 4, 1915 BGB. zufolge nur als „Untauglichkeit". Die gleichwohl erfolgte Bestellung wäre rechtsbeständig.

ein (§§ 1915, 1975, 1984f. BGB.). So wenig wie der Vormund ist der Konkursverwalter ein Staatsbeamter. Immerhin läßt der Staat diesem Amte mit Rücksicht auf die unbestimmte Vielheit der Beteiligten seine Fürsorge angedeihen, indem er Ernennung (§§ 78—80, 110), Ausweis (§ 81), Beaufsichtigung und Entlassung des Verwalters (§§ 83, 84) wie auch die Bemessung seines Honorars (§ 85) in die Hand einer staatlichen Behörde, des Konkursgerichts, gelegt hat.

Die Machtbefugnisse, die das Gesetz dem Konkursgerichte gegenüber dem Konkursverwalter einräumt, bleiben inhaltlich weit zurück hinter der obervormundschaftlichen Gewalt, wie sie das Vormundschaftsgericht etwa gegenüber dem Vormund eines entmündigten Verschwenders übt. Während das Gesetz die Vertretungsmacht des Vormunds bei Vornahme zahlreicher Rechtsgeschäfte dadurch beschränkt, daß es ihn an eine obrigkeitliche, die Wirksamkeit der Geschäfte bedingende Erlaubnis bindet (vgl. §§ 1821ff., 1828ff. BGB.), handelt der Konkursverwalter im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgabe[1]) nach außen vollkommen selbständig, sogar dort, wo die Tragweite des Aktes zum Gebote vorgängiger Einholung einer Zustimmung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung geführt hat[2]). Wohl darf das Konkursgericht dem Verwalter in geschäftlichen Dingen Ratschläge erteilen. Durch bindende Weisungen aber vermag es den Geschäftsgang nicht zu beeinflussen[3]). Es hat die Verwaltung nicht zu leiten, sondern nur zu beaufsichtigen (§ 83). In der Aufsichtsgewalt liegt die Befugnis des Gerichts, Berichte über den Geschäftsgang einzufordern, Kassen- und Buchführung zu prüfen, der Vornahme von Verwaltungsakten, z. B. einer öffentlichen Versteigerung beizuwohnen und namentlich gegen Pflichtwidrigkeiten[4]) durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten. Das Gericht kann dem Verwalter jederzeit eine Sicherheit auferlegen (§ 78 II), Ordnungsstrafen gegen ihn verhängen[5]) und ihn seines Amtes entheben (§ 84). Von Amts wegen kann es aber nur den ohne Vorschlag der Gläubiger ernannten Verwalter und auch ihn nur vor Beginn der auf die Ernennung folgenden Gläubigerversammlung entlassen. Im übrigen wird der förmliche Antrag einer Gläubigerversammlung, die das Gericht jederzeit zu diesem Zwecke einberufen kann (§§ 93, 98), oder des Gläubigerausschusses erfordert (§ 84 I 2). Absetzungsgründe bilden besonders persönliche Untauglichkeit und grobe Pflichtwidrigkeit, aber z. B. auch unlösbare Konflikte mit der Gläubigermehrheit oder dem redlichen Schuldner. Der Beschluß ist nach § 73 III anfechtbar. Die Aufsichtsgewalt ist Ausfluß der Gerichtsbarkeit und darum öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 131 RV. (Art. 77 EG. BGB.).

Das Amt des Verwalters als Inbegriff der ihm unmittelbar durch das Gesetz zugewiesenen Befugnisse und Pflichten beginnt nicht schon mit der Ernennung, sondern erst mit ausdrücklicher oder stillschweigender Übernahme auf Grund der Ernennung. Es endet in der Regel, sobald das Konkursverfahren wirksam auf-

---

[1]) Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte des Verwalters, die dem Konkurszwecke widerstreiten, wie die reine Schenkung oder die Anerkennung von Aus- oder Absonderungsrechten im Widerspruche mit dem Gesetz, ermangeln jeder Wirksamkeit im Verhältnis zur Masse. Vgl. RG. Bd. 23, S. 62; Bd. 41, S. 2; Bd. 53, S. 192; Bd. 57, S. 199; Bd. 76, S. 249 u. ö. Über Geschäftsabschlüsse des Verwalters mit sich selbst siehe oben S. 14f.

[2]) Mag er ohne Anfrage oder selbst trotz ausdrücklicher Konsensverweigerung tätig werden. So im Interesse der Verkehrssicherheit der § 136. Siehe dazu oben § 12 unter II.

[3]) Nur vereinzelt, wie für die Art der Hinterlegung nach § 169, hat das Konkursgericht einen bestimmenden Einfluß auf Verwaltungsmaßnahmen.

[4]) So z. B. gegen eine Überlassung der persönlich zu führenden Verwaltung an dritte Personen, gegen eigennützigen Gebrauch von Massegegenständen, gegen selbstsüchtige (vielleicht durch Strohmänner verschleierte) Geschäftsabschlüsse mit der Masse. Pflichtwidrigkeit ist auch das schuldhafte Unterlassen gebotener Amtsgeschäfte, z. B. rechtzeitiger und ordnungsmäßiger Inventur.

[5]) Wegen des Strafmaßes siehe jetzt Art. II VO. über Vermögensstrafen und Bußen v. 6. Februar 1924 (RGBl. I, S. 44).

gehoben oder eingestellt ist[1]), während des Konkurses namentlich durch Entlassung wider Willen und Enthebung auf Antrag, nicht durch willkürliche (vielleicht ganz unzeitgemäße) Niederlegung[2]).

IV. Verletzt der Konkursverwalter in fahrlässigem oder vorsätzlichem Verschulden Pflichten, die ihm kraft seines Amtes gegenüber bestimmten Personen obliegen, so wird er den so „Beteiligten" persönlich **haftbar** (§ 82). So dem Gemeinschuldner selbst[3]) und jedem Konkursgläubiger, der durch die Pflichtwidrigkeit des Verwalters als Einzelner[4]) geschädigt ist, so aber auch anderen Personen, deren Interesse der Verwalter als solcher zu berücksichtigen hat, wie Massegläubigern, Aus- und Absonderungsberechtigten, deren Ansprüche er schuldhaft außer acht ließ. Ist durch die Pflichtwidrigkeit des Konkursverwalters die Konkursmasse geschädigt worden, wie etwa durch Veruntreuung von Massegeldern[5]), dann bildet der Ersatzanspruch einen Bestandteil der Masse, den während des Konkurses ein neuer Verwalter und nur ein solcher (§ 6), nach Konkursbeendigung der nun wieder verfügungsbefugte Masseträger persönlich zu verfolgen hat[6]). Da der Konkursverwalter keine Staatsgewalt ausübt, haftet wegen seiner Pflichtwidrigkeiten nicht etwa statt seiner oder neben ihm der Staat[7]).

V. **Die rechtliche Stellung** des Konkursverwalters ist bestimmt, sobald feststeht, daß sich die Konkursverwaltung wie die Nachlaßverwaltung als eine auf das Sondervermögen der Masse beschränkte Pflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Konkursgläubiger dem System unserer Rechtsordnung eingliedert. Damit wird der Verwalter zum gesetzlichen Vertreter des Masseträgers gestempelt. Soweit er also zur Masse gehörende Rechte ausübt, sie mögen vom Schuldner stammen oder um des Konkurszweckes willen durch besonderen Rechtssatz als Massebestandteile anerkannt sein (wie die Wahl- und Kündigungsbefugnis der §§ 17, 19, 22 oder der Rückgewähranspruch des § 37), soweit er ferner zu Lasten der Masse behauptete Haftungen bekämpft, handelt er als ein dem Masseträger als solchem aufgezwungener Vertreter. Er ist Privatmann, nicht Staatsorgan, aber weder Bevollmächtigter des Schuldners noch Bevollmächtigter der Gläubiger. Er hat weder einseitig jenem noch einseitig diesen zu dienen, sondern die Interessen beider Kreise dem Konkurszweck entsprechend abzuwägen. Nicht alle seine Verwaltungshandlungen sind Akte der Vertretung. Wie anderen gesetzlichen Vertretern sind

---

[1]) Unbeschadet der Möglichkeit eines Wiederauflebens für den Bereich einer Nachtragsverteilung (§ 166).

[2]) Manche bestreiten das. Es darf doch aber auch sonst ein Pfleger sein Amt nicht niederlegen, wann es ihm paßt. Daß man ja den Verwalter, der durch unzeitgemäße Niederlegung der Masse schweren Schaden zufügte, auf Ersatz belangen könne (falls er nämlich die nötigen Mittel hat), das ist ein schwacher Trost. Solange er des Amtes nicht enthoben ist, untersteht er der Disziplinargewalt des Gerichts, das ihn zur Fortführung mit Ordnungsstrafen anhalten kann. Liegt ein triftiger Grund (z. B. Kränklichkeit, Überlastung) vor, dann wird die Enthebung gewiß bewilligt, nötigenfalls durch Beschwerde gegenüber einer Zurückweisung des Antrags (§ 73 III) erzwungen.

[3]) So z. B. wenn in einem Falle überstürzter Konkurseröffnung der Verwalter das Unternehmen als Betriebseinheit zu einem Preise verschleudert, der zwar die Konkursforderungen deckt, bei einiger Sorgfalt aber beträchtlich zu steigern gewesen wäre.

[4]) Etwa geflissentlich bei einer Verteilung ausgelassen wird.

[5]) Die Untreue des „Masseverwalters" ist strafbar nicht als Amtsvergehen, sondern nach der eigenen Strafvorschrift des § 266 Nr. 1 StGB. (vgl. RG. Strafs. Bd. 26, S. 108). Eine über den § 82 KO. hinausgehende Schadensersatzpflicht des Verwalters aus unerlaubtem Verhalten (§§ 823, 826 BGB.) kann z. B. bei zufälligem Untergang unterschlagener Massewerte (§ 848 BGB.) selbständige Bedeutung gewinnen. Solche Ersatzansprüche unterliegen einer kurzen (§ 852 BGB.), die des § 82 KO. hingegen der ordentlichen Verjährung (§ 195 BGB.). Vgl. RG. Bd. 78, S. 190; LZ. 1912, Sp. 695.

[6]) So auch, wenn eine mißglückte Geschäftsaufsicht in Konkurs übergeht, der Anspruch auf Schadensersatz gegen die Aufsichtsperson wegen schuldhafter Verkürzung des Vermögens. Im Ergebnis übereinstimmend RG. Bd. 89, S. 237; vgl. noch RG. Gruchots Beitr. Bd. 63, S. 348.

[7]) Siehe oben S. 13.

auch ihm zur Förderung seiner Aufgabe unabgeleitete Amtsbefugnisse eingeräumt, in deren Ausübung er niemanden vertritt, wie bei Erwirkung von Zwangsmaßnahmen im Sinne des § 101 II[1]). Auch die „Freigabe" aus dem Masseverband[2]) stellt keinen Vertretungsakt dar, sondern einen Verzicht auf die eigne Verfügungsbefugnis.

Das Innenrechtsverhältnis zwischen dem Verwalter und dem Masseträger ist kein Vertragsverhältnis. Doch lassen sich die Sätze der entgeltlichen oder unentgeltlichen Geschäftsbesorgung ergänzend verwerten, soweit die Besonderheiten der Konkursverwaltung dies gestatten. Unzweifelhaft steht es dem Verwalter, z. B. einem Angehörigen des Schuldners, frei, sich bei der Übernahme des Amtes wie ein Beauftragter (§ 662 BGB.) zu unentgeltlicher Amtsführung zu verpflichten. Nach der gesetzlichen Regel wird er entlohnt (§ 85). Vorschüsse können ihm, besonders in langdauernden Konkursen, bewilligt werden (vgl. §§ 669, 675, auch §§ 1835, 1915 BGB.). Nach § 85 hat der Konkursverwalter ein Honorar als Vergütung für seine eigentliche Verwaltungstätigkeit und daneben die Erstattung angemessener, in diesem Honorar nicht schon berücksichtigter Barauslagen (z. B. für Reisen, Schreibwerk, Postgebühren) zu beanspruchen. Entsprechend den §§ 670, 675 (§§ 1835, 1915) BGB. wird aller Aufwand, den der Verwalter den Umständen nach für erforderlich halten durfte, zu ersetzen sein. Erfolglosigkeit schließt den Erstattungsanspruch nicht aus. Den Betrag der Vergütung und den der Auslagen setzt das Konkursgericht gesondert nach pflichtmäßigem, weder durch Zusicherung der Beteiligten noch durch die sonstige Übung des Gerichts gebundenem Ermessen von Fall zu Fall fest[3]). Der Festsetzungsbeschluß unterliegt der sofortigen Beschwerde (§ 73 III) des Verwalters, des Gemeinschuldners und jedes durch die Höhe der Beträge beeinträchtigten Konkursgläubigers. Die Ansprüche begründen Massekosten nach § 58 Nr. 2. Von einer Haftung der Staatskasse kann keine Rede sein.

---

[1]) Alles Nähere oben S. 13. [2]) Siehe unten S. 67f.

[3]) Allgemeine Anordnungen der Landesjustizverwaltung bestehen nur vereinzelt (so in Württemberg und Baden). Anderwärts, namentlich in Preußen, verwenden größere Amtsgerichte Tarife, die sie für die Regel festhalten, aber nicht festhalten müssen. — Zu beachten ist, daß die Vergütung des § 85 nur der Konkursverwaltung als solcher gilt. Daher hat ein zum Verwalter bestellter Rechtsanwalt, der Masseprozesse selbst führt, noch eigens die gesetzlichen Anwaltsgebühren zu beanspruchen (§ 58 Nr. 2), auch wenn er unterliegt. — Daß der Gemeinschuldner persönlich, wenn er etwa während des Konkurses erheblicheren Neuerwerb gemacht hat, dem Verwalter ein Zusatzhonorar verspricht, ist nicht im allgemeinen unstatthaft. Mitunter aber verstoßen solche Vereinbarungen gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.). So namentlich, wenn sich der Verwalter unter Ausbeutung der Abhängigkeit des Schuldners oder für konkurszweckwidrige Sonderbegünstigungen desselben Vorteile ausbedingt (Beispiel: OLG. 27, S. 255).

Zweiter Abschnitt.

Die Konkursmasse.

§ 13.

1. Die Abgrenzung der Masse.

I. **Die Konkursmasse** begreift nach § 1 alles beschlagsfähige Vermögen, das dem Konkursschuldner bei Konkursbeginn gehört. Dies ist der gesetzliche Umfang des Grundstocks der Masse (die Sollmasse). Tatsächlich kann die Masse im Einzelfalle größer oder geringer sein, weil der Verwalter auch noch andere Vermögensstücke herangezogen oder weil er einzelne (etwa verheimlichte, beiseite geschaffte) übersehen oder nicht erlangt hat (Istmasse). Es ist ein Mangel unserer Gesetzessprache, daß sie den Ausdruck Konkursmasse nicht überall im Sinne von Sollmasse verwendet, sondern ab und zu (namentlich im § 43) unter Konkursmasse die Istmasse versteht. Der Zwiespalt zwingt den Ausleger zur Vorsicht[1]), beruht aber nicht etwa auf besonderen Zwecken des Gesetzes. Die Sache liegt einfach so: Der Verwalter hat die Amtspflicht, alles zur Konkursmasse gehörende Vermögen zu sammeln (§ 117), also eine Teilungsmasse zu schaffen, wie sie sein soll. Die Verwirklichung des Ideals scheitert wie überall im Leben an der Unzulänglichkeit unserer Kraft[2]). Überdies aber wäre es nicht einmal zweckmäßig, wenn sich die Verwaltung mit Gegenständen befassen wollte, die, wie überlastete Sachen oder uneinbringliche Forderungen, den Versuch einer Verwertung gar nicht lohnen. Darum steht dem Verwalter auch die Macht zu, auf die Massezugehörigkeit eines Gegenstandes zu verzichten[3]). Solche Freigabe wirkt rechtsändernd. Die massesammelnde Tätigkeit des Verwalters aber ist ein tatsächliches Vorgehen, das die von ihm herangezogenen Gegenstände, sie mögen von Rechts wegen zur Konkursmasse gehören oder nicht, keineswegs in eine neue konkursrechtliche Lage versetzt. Bestandteile der Masse bilden die ihr zugehörenden Sachen ganz ebenso schon, bevor der Verwalter ihren Besitz ergreift[4]), die ihr zugehörenden Rechte ganz ebenso schon, bevor er den Willen kundgibt, sie dem Konkurszwecke zuzuführen. Die rechtliche Zugehörigkeit

---

[1]) Insofern hat die Aufdeckung des Unterschieds immerhin ihren Wert. In den beiden eng zusammenhängenden §§ 10, 11 bedeutet das Wort einmal Sollmasse (§ 10), das andere Mal Istmasse (§ 11). Der Zweck des Rechtssatzes muß Aufschluß geben. Die ganze den Wirrwarr verschuldende Wendung „aus der Konkursmasse aussondern" (§ 43 mit §§ 11, 46) beruht auf einer unzulänglichen, aber unschwer zu verbessernden Gesetzestechnik. Siehe unten § 14 I. Jedenfalls kann keine Rede davon sein, daß es geboten oder doch erwünscht wäre, den doppelsinnigen Ausdruck festzuhalten. Wenn auch die neue österreich. KO. (vgl. § 1 gegen § 44) den Zwiespalt aufweist, so ist das gewiß kein Verdienst.

[2]) Nicht nur tatsächliche, auch rechtliche Hindernisse stellen sich in den Weg. So der Einbeziehung von Gegenständen, die sich im Auslande befinden, vielfach das Auslieferungsverbot des fremden Gesetzes. Siehe unten § 34 I.

[3]) Siehe unten S. 67ff.

[4]) Nimmt der Konkursverwalter dem § 117 gemäß Sachen des Gemeinschuldners in Besitz, so kommt es zu einer Besitzabstufung im Sinne des § 868 BGB. Fortab hat der Verwalter den unmittelbaren und durch ihn der Schuldner den mittelbaren Besitz. Eigenmacht erlaubt der § 117 dem Verwalter nicht. Siehe oben § 12 I 1.

wird durch solche „Einbeziehung" in die Masse nicht hergestellt, durch ein Übersehen nicht aufgehoben. Andrerseits vermag der Verwalter durch Übergriffe auf massefremdes Vermögen dieses den Konkursfolgen nicht zu unterwerfen. Die Istmasse stellt als solche nicht etwa das Ergebnis einer Rechtsgestaltung dar.

1. Nur Vermögen des Konkursschuldners, nicht Vermögen dritter Personen gehört zur Konkursmasse, und auch das Vermögen des Schuldners nur unbeschadet der auf ihm ruhenden Lasten und Beschränkungen. Wertsachen, die dem Schuldner z. B. nur für den Fall, daß der Spender kinderlos versterben sollte, übereignet waren, bilden, solange die auflösende Bedingung schwebt, auch nur unsichere und nur mit dieser Unsicherheit verwertbare Massebestandteile. Verjährte Forderungen des Schuldners kann auch der Verwalter nur auf die Gefahr hin geltend machen, daß der Verpflichtete die Leistung verweigert[1]). Würde außerhalb des Konkurses ein Bereicherungsanspruch des Schuldners aus den Gründen des § 814 oder des § 817 Satz 2 BGB. scheitern, dann kann auch der Konkursverwalter mit diesem Anspruche nicht durchdringen[2]). Gehört ein Gegenstand dem Schuldner nicht allein, sondern nur in Rechtsgemeinschaft mit Dritten, dann bildet auch nur der Anteil des Schuldners, nicht der Gegenstand im ganzen, einen Massebestandteil. Es bedarf daher einer unabhängig vom Konkursverfahren vorzunehmenden Auseinandersetzung mit dem Verwalter, bei der die Gemeinschaftsgenossen wegen ihrer im Gemeinschaftsverhältnisse begründeten Forderungen durch Absonderungsrechte begünstigt sind (§§ 16, 51). Eine Besonderheit gilt aber nach § 2 für den Fall, daß während des Bestehens einer ehelichen Gütergemeinschaft (der allgemeinen oder einer beschränkten) Konkurs über das Vermögen des Mannes eröffnet wird. Dieser Konkurs ergreift im Einklange mit der außerhalb des Konkurses bestehenden Haftungslage[3]) das ganze Gesamtgut, ein Konkurs der Frau dagegen nicht einmal ihren Gesamtgutsanteil. Ebenso wird während der fortgesetzten Gütergemeinschaft das Gesamtgut vom Konkurse des überlebenden Ehegatten ganz erfaßt, vom Konkurs eines Abkömmlings dagegen überhaupt nicht berührt[4]). Fällt ein Ehemann in Konkurs, der nicht in einem Gemeinschaftsgüterstande lebt, dann unterliegt alles Frauengut (eingebrachtes und vorbehaltenes) der Aussonderung. Solche

[1]) Erfüllt er, dann fließt der Leistungsgegenstand zur Masse. Unter Umständen versagt ein Gegenrecht im Konkurse kraft positiver Vorschrift. So eine durch den § 49 Nr. 3, 4 nicht gedeckte Zurückbehaltungseinrede. Im Falle der Einrede des nicht erfüllten Vertrags greift der § 17 ein. Ein Veräußerungsverbot scheitert dem Konkursverwalter gegenüber nach näherer Maßgabe des § 13.

[2]) Siehe gegen RG. Bd. 99, S. 161 oben Seite 15 Note 2. Ob auf dem Wege der Gläubigeranfechtung zu helfen sei, ist eine Frage für sich.

[3]) Wie außerhalb des Konkurses alle Gläubiger des Mannes sich dergestalt an das Gesamtgut halten dürfen, als gehörte es dem Manne allein (§§ 1459 I, 1530, 1549 BGB., § 740 ZPO.), so erfaßt auch der Konkurs des Mannes alles (beschlagsfähige) Gesamtgut. Es erscheint zunächst befremdlich, daß im Konkurse der Frau nicht einmal deren Auseinandersetzungsguthaben zur Masse gehört, da doch die Möglichkeit besteht, daß auch die Gläubiger der Frau, besonders einer Handelsfrau, außerhalb des Konkurses auf das Gesamtgut greifen dürfen (§§ 1452, 1519 II, 1525 II, 1549 mit § 1405 BGB., § 741 ZPO.). Allein vielleicht können auch nur einzelne, vielleicht kann gar keiner der Frauengläubiger sich an Gesamtgut halten, die Konkursmasse aber dient nach § 3 zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners. Diejenigen Frauengläubiger, die Gesamtgutgläubiger sind, laufen keine Gefahr, da ihnen ja der Mann auch persönlich haftet (§ 1459 II BGB.). Im Konkurse des Mannes sind auch sie Konkursgläubiger. Zur Konkursmasse des Mannes kann außer dem Gesamtgut bei allgemeiner Gütergemeinschaft ein Vorbehaltsgut, bei Errungenschafts- und bei Fahrnisgemeinschaft ein eingebrachtes Gut des Mannes gehören. Vgl. §§ 1440, 1526 II, 1555; §§ 1520ff., 1527, 1550ff. BGB. Wie außerhalb des Konkurses Gesamtgut und sonstiges Vermögen des Mannes dessen Gläubigern auf gleicher Stufe haften, so bildet das Gesamtgut mit dem übrigen Vermögen des Mannes eine einheitliche Konkursmasse. Einen Sonderkonkurs über das Gesamtgut der bestehenden Gütergemeinschaft gibt es nicht.

[4]) Allen Gläubigern des überlebenden Ehegatten haftet das Gesamtgut auf derselben Stufe wie dessen sonstiges Vermögen (§ 1488 BGB., § 745 I ZPO.). Für die Schulden der Abkömmlinge haftet das Gesamtgut überhaupt nicht.

Vermögensgegenstände der Frau aber, die sie während der Ehe mit Mitteln des Mannes erworben hat, gehören dem § 45 zufolge bei allen Güterständen zur Konkursmasse des Mannes[1]). Beim ordentlichen gesetzlichen Güterstand ist die Nutzverwaltung des Mannes am eingebrachten Gute der Frau beschlagsfrei und bleibt deshalb auch in der Zwischenzeit zwischen der Eröffnung und dem Eintritte der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses der Konkursmasse des Mannes vorenthalten (§ 1419 BGB., § 861 I 1 ZPO. mit § 1 KO.). Nur die Früchte, die der Mann zur Zeit der Konkurseröffnung bereits erworben hat, gehören zu seiner Konkursmasse, und auch sie nur, soweit sie nicht ebenfalls der Pfändbarkeit entzogen sind (§ 861 I 2 ZPO.).

In wichtigen Fällen erklärt das Gesetz Rechte, die zum Schutze der Gläubiger anerkannt sind, im Konkurse des Schuldners zu Massebestandteilen, um eine einheitliche Geltendmachung zum gemeinsamen Vorteile der Gläubiger zu ermöglichen. Dahin gehören die §§ 1978 II, 1985 II 2 BGB. und die §§ 171 II, 217 II HGB.[2]). Im gleichen Sinne vertraut der § 36 dem Konkursverwalter die Verfolgung der Anfechtungsansprüche auf Rückgewähr zur Konkursmasse an (§ 37). Auch diese Ansprüche sind daher als Bestandteile der Konkursmasse zu betrachten, obgleich sie zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörten[3]). Daß Ansprüche auf Ersatz eines im Laufe des Verfahrens der Masse zugefügten Schadens, sie mögen gegenüber dem Konkursverwalter (§ 82), gegenüber Ausschußmitgliedern (§ 84), gegenüber dem seine Aufsichtspflicht verletzenden Konkursrichter und dem für ihn eintretenden Staat (§ 83 KO., Art. 77 EG. BGB., Art. 131 RV.) oder gegenüber irgendwelchen dritten Personen erwachsen, noch nach Konkursbeginn als Massebestandteile zur Entstehung gelangen, erklärt sich aus dem unter 3 behandelten Surrogationsprinzip.

2. Die Konkursmasse begreift nur das beschlagsfähige Vermögen des Konkursschuldners. Wie gegenüber der Einzelvollstreckung wird im Konkurse dem Schuldner das Existenzminimum gewahrt[4]). Dementsprechend sind unpfändbare Sachen und Rechte auch konkursfrei (§ 1 I KO. mit §§ 811ff., 850ff. ZPO.). Unveräußerliche Rechte sind insoweit der Pfändung (§ 857 III ZPO.) und darum auch der Ausbeutung zugunsten der Konkursmasse des Berechtigten unterworfen, als sie der Ausübung nach an Dritte überlassen werden können. So namentlich der Nießbrauch (§§ 1059, 1068 II BGB.), während die gesetzliche Nutznießung schlechthin beschlagsfrei ist (§§ 861, 862 ZPO., vgl. §§ 1419, 1647, 1656 BGB.). Ansprüche auf Leistung konkursfreier Sachen sind selbst konkursfrei. Desgleichen, was aus § 15 VVG., zu folgern ist, Ansprüche aus der Versicherung unpfändbarer Fahrnis, z. B. unentbehrlichen Hausrates. Bedingte Pfändbarkeit begründet eine Anwartschaft, auf Grund deren der Gegenstand Massebestandteil wird, wenn die Bedingung auch erst im Laufe des Konkurses eintritt. Darum können im Konkurse des Urhebers Urheberrecht und Werk (Handschrift) zur Masse gezogen werden, sobald der Urheber einwilligt (§ 10 Satz 1 LitUG.). Tritt dagegen unabhängig von solcher Anwartschaft die Pfändbarkeit erst im Laufe des Konkurses ein, so bleibt der Gegenstand beschlagsfrei. Denn der Sinn des § 1 I ist seinem Schutzzweck entsprechend dieser: Die Massezugehörigkeit soll auf das beschlagsfähige Vermögen des Schuldners beschränkt sein, das ihm so beschaffen (also beschlagsfähig)

---

[1]) Wie der § 2 enthält also mittelbar auch der § 45 eine Erweiterung des § 1: dort wird einer Mitberechtigung, hier sogar einer Alleinberechtigung der Frau gegenüber der Konkursmasse des Mannes die Wirksamkeit versagt.

[2]) Siehe dazu RG. Bd. 74, S. 430.

[3]) Auch sie übt also der Konkursverwalter in Zwangsvertretung des Masseträgers aus. Siehe oben S. 44.

[4]) Darüber hinaus kann ihm und seiner Familie Unterstützung aus Massemitteln bewilligt werden (§§ 58 Nr. 3, 129 I, 132 I). Sog. freiwillige Kompetenz. Es ist ein Mangel unserer Gesetzgebung, daß sie die Pfändbarkeit von Rechten, die aus Versicherungsverträgen entstanden sind, nicht einmal zugunsten des erwerbsunfähigen Versicherten oder seiner unterstützungsbedürftigen Hinterbliebenen beschränkt (vgl. RG. Bd. 52, S. 51; DJZ. Bd. 11, Sp. 421f.).

bei Konkurseröffnung zusteht. Wie bei der Einzelvollstreckung die Zeit der Pfändung, ist bei der Gesamtvollstreckung die Zeit der Konkurseröffnung als Vollstreckungsbeginn endgültig maßgebend. Wenn der Schuldner zu der nach § 811 Nr. 3 ZPO. beschlagsfreien Milchkuh im Laufe des Konkurses noch eine zweite erwirbt, gehört keine von beiden zur Masse (sonst würde ihm dem Ergebnisse nach der Neuerwerb verkümmert); wenn ihm umgekehrt von zweien eine als beschlagsfrei verblieben war und diese später eingeht, wird nicht die zweite von Rechts wegen beschlagsfrei.

In Ausnahmefällen erweitert sich der Konkursbeschlag über die Grenzen der Pfändbarkeit hinaus. Namentlich gehört das Betriebsinventar der landwirtschaftlichen Güter, der Apotheken und der Posthaltereien, obwohl es unpfändbar ist, zur Konkursmasse (§ 1 II). Desgleichen das Betriebsmaterial der Eisenbahnen (Ges. v. 3. 5. 1886, RGBl. S. 131). Das erklärt sich so: die Pfändungsverbote sollen hier dem Schuldner einen ungestörten Fortbetrieb seiner Unternehmung sichern und werden daher zwecklos, wenn die Unternehmung im ganzen dem Beschlag verfällt. Eine Heimstätte, das gebundene Eigentum an einem nutzbaren (städtischen oder ländlichen) Einfamiliengrundstück, ist zwar der Zwangsvollstreckung wegen persönlicher Schulden des Eigentümers (Heimstätters) entrückt (§ 20 ReichsheimstättenG. v. 10. 5. 1920), gehört aber gleichwohl zur Konkursmasse des Heimstätters[1]). Auch hier verliert die Beschlagsschranke, die den Betrieb des Heimstätters selbst vor Störungen schützen soll, wenn es zum Konkurse kommt, ihren Sinn. Weiter ergeben die §§ 117 II, 134 Nr. 1 KO., daß „das Geschäft im ganzen", die gewerbliche Unternehmung des Schuldners als Betriebseinheit, als Inbegriff rechtlicher und tatsächlicher Aktivwerte, zu seiner Konkursmasse gehört und den Gegenstand einheitlicher Schuldverträge (eines Verkaufs, einer Verpachtung durch den Verwalter) bilden kann, obgleich dieser Inbegriff Werte einschließt, die (wie die Kundschaft, Geschäftsgeheimnisse, Kenntnis von Bezugsquellen) der Zwangsvollstreckung unzugänglich sind[2]). Ein Warenzeichenrecht gehört mit dem Geschäft zur Masse[3]). So auch trotz ihrer Unpfändbarkeit (§ 811 Nr. 11 ZPO.) die Geschäftsbücher, soweit sie zur Fortführung des Betriebs unentbehrlich sind. Insoweit wird dem Verwalter gestattet, sie mit dem Geschäft im ganzen (nicht selbständig, nicht als Makulatur) zu veräußern (§§ 1 III, 117 II). Dagegen bildet das Recht am kaufmännischen Namen, das Firmenrecht (§§ 17ff. HGB.), wie das bürgerliche Namenrecht (§ 12 BGB.) ein Persönlichkeitsrecht und darum keinen Massebestandteil. Will daher der Verwalter das Handelsgeschäft mit der Firma veräußern, so bedarf er der persönlichen Zustimmung des Schuldners[4]).

---

[1]) Das Gesetz spricht diese Zugehörigkeit nicht besonders aus, setzt sie aber im § 11 I 2 als selbstverständlich voraus, indem es dort bestimmt, daß der Ausgeber das ihm bei Veräußerung der Heimstätte durch den Heimstätter eingeräumte Vorkaufsrecht auch haben solle, wenn der Konkursverwalter des Heimstätters die Heimstätte veräußert.

[2]) Hatte der Schuldner das Geschäft vor dem Konkurs anfechtbar veräußert, so ist der Erwerber nach § 37 verpflichtet, die noch bei ihm vorhandenen Geschäftsbestandteile zur Konkursmasse zurückzugewähren und im übrigen den Wert zu erstatten, nicht aber die Unternehmung in ihrem jeweiligen Bestande der Masse zuzuführen. Lehrreich RG. Bd. 70, S. 226 (für die Einzelanfechtung).

[3]) War dem Gemeinschuldner vor dem Konkurs ein Patent erteilt worden, dann bildet das Patentrecht als pfändbarer Vermögensgegenstand einen Bestandteil der Konkursmasse. Aus § 6 Satz 2 mit § 3 PatG. folgt aber, daß auch schon die vor Konkursbeginn vollzogene Anmeldung einer Erfindung eine beschlagsfähige, also zur Masse des Erfinders gehörende Anwartschaft begründet (RG. Bd. 52, S. 227). Erfolgt auch die Anmeldung erst während des Konkurses, dann bleiben Anwartschaft und Patentrecht konkursfrei.

[4]) Eine vielumstrittene Frage. Wie unser Text z. B. RG. Bd. 9, S. 104; Bd. 58, S. 169 u. ö. Werden Geschäft und Firma durch den übereinstimmenden Willen des Verwalters und des Gemeinschuldners übertragen, dann entgeht der Erwerber natürlich der im § 25 HGB. vorgesehenen Schuldenhaftung, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil die Vorschrift von einer Übernahme der Aktiven und Passiven ausgeht, während der Konkursverwalter im Geschäfte nur Aktiven überträgt und nur solche übertragen kann. Im Ergebnis ebenso RG. Bd. 58, S. 167 (mit schiefer Begründung).

Verschärft wird die Pfändungsschranke des § 812 ZPO. insofern, als Hausratsstücke, die nur zu Schleuderpreisen verwertbar sein würden und darum vom Gerichtsvollzieher nicht gepfändet werden „sollen“, für den Konkurs unter ein zwingendes Beschlagsverbot gestellt sind.

3. Zur Konkursmasse zieht das Gesetz nur dasjenige beschlagsfähige Vermögen, das dem Schuldner schon bei Konkurseröffnung gehört[1]). Wie die Schuldenmasse im § 3, wird die Teilungsmasse im § 1 abgegrenzt auf den im Eröffnungsbeschlusse bestimmten Zeitpunkt des Konkursbeginnes (§ 108). Neuerwerb ist konkursfrei. Mit diesem, der hannoverschen Prozeßordnung von 1850 (§ 619) entlehnten Grundsatze steht unser Reichsrecht allein. Wie fast alle früheren Landesgesetze zieht das gesamte Ausland (freilich in sehr verschiedenem Umfang) auch neuerworbenes Vermögen in den Konkurs[2]). Mit Unrecht. Es ist ein wirtschaftlich gesunder und Geboten der Billigkeit Rechnung tragender Gedanke, dem Schuldner die Möglichkeit offen zu halten, daß er sich und den Seinen noch während des Konkurses eine neue Existenz schaffe. Das liegt auch im Interesse seiner Konkursgläubiger, die selten auf Vollbefriedigung im Verfahren zu rechnen haben. Um so mehr entspricht es gerechter Rücksichtnahme auf die Neugläubiger, die doch auf Befriedigung aus neuerworbenem Vermögen angewiesen sind. Diesem Ziele dient die Zeitschranke des § 1 I. Sie findet eine zweckmäßige Ergänzung darin, daß der § 14 I Konkursgläubigern die Sondervollstreckung auch in neuerworbenes Schuldnervermögen verbietet[3]). Vereint fördern beide Rechtssätze das Zustandekommen eines Zwangsvergleichs, der erstrebenswertesten Art der Konkursbeendigung. Denn dieser findet nicht selten im Neuerwerb starke Unterlagen, die ihm entzogen würden, wenn einzelnen Konkursgläubigern in Störung des Gleichgewichts der Zugriff auf den Neuerwerb verstattet wäre.

Als neuerworben ist von Rechts wegen konkursfrei alles, was der Schuldner erst während des Konkurses (wäre es auch schon in der Zeit zwischen der Eröffnung und dem Eintritte der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses) durch körperliche oder geistige Arbeit, durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts oder durch Tätigkeit in fremden Diensten erringt. So auch das Beamtengehalt für Dienstleistungen während des Konkurses[4]). Die Gläubiger haben kein Recht, die Erwerbstätigkeit des Schuldners während des Konkurses für sich auszunützen. Seine Persönlichkeit wird ihnen nicht untertan. Nur sein Vermögen trifft der Konkursbeschlag. Neuerworben ist ferner, was dem Schuldner erst nach Konkursbeginn durch Schenkung oder als Erwerb von Todes wegen anfällt. Erbschaften und Vermächtnisse gehören, wenn der Erbfall vor dem Konkurse liegt, bei Annahme zur Masse; aber die Wahl zwischen Annahme und Ausschlagung steht beim Schuldner persönlich (§ 9). Ist der zur Masse gehörende Erwerb nur eine Vorerbschaft (§ 2100

---

[1]) „Gehören“ heißt wie im § 43 und wie im BGB. (z. B. § 1362) dem Rechte nach zustehen.

[2]) So auch nach der § 1 I österreich. KO. von 1914, die aber im § 5 I bestimmt, daß dem Gemeinschuldner zu „überlassen“ sei, was er durch eigene Tätigkeit erwerbe oder was ihm während des Konkurses unentgeltlich zugewendet werde, soweit es zum Unterhalte für ihn und die Seinen erforderlich ist. Der Sinn ist streitig.

[3]) Lohnt der Neuerwerb einen zweiten Konkurs schon während der Schwebe des ersten, so steht die Eröffnung frei. Auch die Konkursgläubiger des ersten Konkurses können den zweiten erwirken und als Ausfallgläubiger (entsprechend dem § 64) daran teilnehmen. Das Verbot des § 14 steht ihnen nicht im Wege, da es nur ungeordnete Einzelzugriffe unterbinden soll (str.). Sie brauchen also keineswegs schutzlos zuzusehen, wie ein beträchtlicher, vielleicht ererbter Neuerwerb stückweise an andere (neue oder unter den § 63 fallende) Gläubiger verloren geht.

[4]) Das wird mit Unrecht bestritten. Die Zulässigkeit einer Pfändung künftiger Gehaltsraten nach Maßgabe der §§ 832f. ZPO. spricht nicht für die Gegenansicht. Denn der § 1 KO. verlangt Pfändbarkeit und Erworbensein zur Zeit der Konkurseröffnung. Nicht erworbene, wenn auch im voraus pfändbare Bezüge bleiben konkursfrei; erworbene fallen, soweit sie pfändbar sind (§ 850 ZPO.), in die Konkursmasse.

BGB.), dann kommen, und zwar auch bei Beschränkung des Nacherben auf den Überrest (§§ 2136f. BGB.), der Konkursmasse des Vorerben nur die pfändbaren Erträgnisse (nicht das erbschaftliche Stammvermögen) zugute und auch sie nur bis zum Eintritte des Falles der Nacherbfolge (§ 128 KO., vgl. § 773 ZPO.)[1]).

Vom Neuerwerb ist streng zu scheiden, was auf Grund des schon bei Konkursbeginn vorhandenen, zur Masse gehörenden Vermögens erwächst. Zwar fehlt es an einer ausdrücklichen Surrogationsvorschrift; die Ersetzung folgt aber aus der im Konkurszwecke begründeten Verfangenschaft der Masse. Darum gehören zur Masse die Nutzungen (§ 100 BGB.) von Massegegenständen und die Ansprüche auf Ersatz eines der Masse zugefügten Schadens (z. B. wegen schuldhaft rechtswidriger Zerstörung einer Massesache); ein Lotteriegewinn, wenn das Los dem Schuldner schon bei Konkursbeginn gehörte; ein durch Verbindung, Schatzfindung oder Anwachsung zugunsten von Massesachen sich vollziehender Erwerb[2]). Wird eine Hypothek an einem Massegrundstück infolge Befriedigung des Gläubigers durch den Konkursverwalter zum Eigentümergrundpfandrecht (§§ 1143, 1163, 1177 BGB.), so bildet auch dieses einen Massebestandteil, über den der Konkursverwalter (durch entgeltliche Übertragung, durch Empfangnahme des im Verteilungsverfahren auf die Rangstelle entfallenden Erlöses) zu verfügen hat[3]). Desgleichen gehört zur Masse die Anwartschaft auf ein beschlagsfähiges Recht, das durch ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft[4]) auf den Schuldner übertragen worden war, und diese Anwartschaft vermittelt der Masse beim Eintritte der Bedingung den Vollerwerb. Auch Anwartschaften aus Versicherungsverträgen können hierher gehören, wie etwa aus der Versicherung von Gebäuden oder Waren gegen Feuer, wenn der Versicherungsfall nach Konkursbeginn in einem Zeitabschnitt eintritt, für den die Prämie schon vor dem Konkurs entrichtet war.

II. Unverwertbarkeit schließt für sich allein die Zugehörigkeit zur Konkursmasse und damit die Maßgeblichkeit der §§ 6, 7, 15 nicht aus. Da es aber keinen Zweck hat, daß sich die Verwaltung mit Gegenständen befaßt, die eine Ausnutzung nicht ermöglichen (wie z. B. mit Forderungen an zahlungsunfähige oder unerreichbare Schuldner, mit unrettbar überlasteten Grundstücken, mit dem Streitgegenstand eines vollkommen aussichtslosen Prozesses), sieht das Gesetz die Möglichkeit **einer Freigabe** aus der Masse vor (vgl. §§ 114, 162). Die Entscheidung trifft der Konkursverwalter kraft der ihm über die Masse eingeräumten Verfügungsmacht (§ 6). Sein pflichtmäßiges Ermessen ist maßgebend (vgl. § 82). In zweifelhaften Fällen deckt er sich, indem er eine Beschlußfassung der Gläubigerversammlung erwirkt[5]).

---

[1]) Den Ertrag der Erbschaftsgegenstände wird der Konkursverwalter des Vorerben besonders im Wege der Verpachtung (§ 2135 mit § 1056 BGB.) oder der Zwangsverwaltung (§§ 126, 127 KO., § 172 ZVG., § 857 IV ZPO.) für die Masse erschließen. Tritt während des Vorerbenkonkurses die Nacherbfolge ein, dann kann nunmehr der Nacherbe die Erbschaft — Stamm und späteren Ertrag — aussondern (§ 2130 BGB.). So auch dann, wenn ein auf den Willen des Vorerben abgestelltes Ereignis, namentlich eine Wiederverheiratung, den Eintritt der Nacherbfolge auslöst. Siehe oben Seite 15 Note 4.

[2]) Daß alles Masse werde, was irgendwer rechtsgeschäftlich mit Mitteln der Masse erwirbt, kann freilich aus der Konkurslage allein nicht gefolgert werden. Selbst die rechtsgeschäftlichen Anschaffungen des Verwalters fließen, wenngleich er sie mit Massegeldern bestreitet, nur dann der Masse zu, wenn er für deren Rechnung und nicht etwa für sich persönlich oder für einen Dritten erwerben will.

[3]) Siehe z. B. OLG. 9, S. 379.

[4]) Entsprechendes gilt für gesetzliche Bedingungen. So erwächst der Anspruch auf den Mäklerlohn für eine vom Gemeinschuldner vor dem Konkurse geleistete Vermittlertätigkeit noch als Massebestandteil, wenn der vermittelte Vertrag nach Konkursbeginn zustandekommt (§ 652 I BGB.). OLG. 35, S. 244. Umgekehrt bilden rechtsgeschäftlich und gesetzlich bedingte Forderungen gegen den Schuldner Konkursgläubigerrechte (§ 67).

[5]) Eine solche sieht das Gesetz, da die Frage der Verwertbarkeit sich oft erst gegen Ende des Konkurses abschließend beurteilen läßt, erst für den Schlußtermin vor (§ 162). Es steht aber nichts im Wege, die Frage schon in einem früheren Termin zu erörtern.

Erforderlich ist aber die Zustimmung der Gläubigerschaft nicht und keinesfalls bedingt sie den Rechtsbestand der Freigabe (§ 136).

Die Freigabe vollzieht sich in formloser, einseitiger, aber empfangsbedürftiger Willenserklärung des Konkursverwalters an den Schuldner selbst. Sie muß den bewußten Willen dauernden Verzichts auf die Massezugehörigkeit des Gegenstandes bekunden und kann, einmal wirksam geworden, nicht mehr einseitig widerrufen werden[1]). Ihre Rechtsfolge besteht darin, daß die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners in Ansehung des freigegebenen Gegenstandes wieder auflebt, die gesetzliche Vertretungsmacht des Konkursverwalters also erlischt, und zwar für Rechtsgeschäfte wie für Rechtsstreitigkeiten über diesen Gegenstand. Einen schwebenden Prozeß führt also der Gemeinschuldner selbst als wiederum verfügungsbefugte Partei weiter, ohne daß eine Prozeßunterbrechung, eine Rechtsnachfolge oder eine (sei es subjektive, sei es objektive) Klagänderung einträte[2]).

Keine Freigabe ist die Überlassung der schon von Rechts wegen konkursfreien Vermögensstücke des Gemeinschuldners an diesen[3]), noch die Ausantwortung von Aussonderungsgegenständen an Dritte (§ 43), noch endlich die Ablehnung der Erfüllung schwebender Austauschverträge (§ 17). Wohl aber liegt darin, daß der Konkursverwalter die Aufnahme eines Teilungsmassestreits nach § 10 II ablehnt, zugleich eine Freigabe des Streitgegenstandes[4]).

III. Die Konkursmasse ist Vermögen des Gemeinschuldners und bleibt es trotz des Konkursbeschlags (vgl. §§ 6 I, 14 I). Sachen, die während des Konkurses für Rechnung der Masse erworben werden, treten daher in das Eigentum des Gemeinschuldners. So erworbene Rechte fallen ihm zu. Sie „gehören" weder dem Konkursverwalter noch den Konkursgläubigern. Die Konkursmasse selbst aber ist kein Rechtssubjekt. Darum müssen Grundstücke, die der Verwalter für die Masse ersteht (vielleicht zur Abwendung von Hypothekenausfällen, vgl. § 134 Nr. 2), auf den Namen des Gemeinschuldners als des Eigentümers im Grundbuch eingetragen werden, freilich unter Zusatz des Konkursvermerks (§ 113)[5]). Endet das Verfahren, ohne daß so erworbene Gegenstände konkursmäßig verwertet worden sind, dann bilden sie für die Zukunft freies Vermögen des Schuldners.

---

[1]) Vgl. RG. LZ. 1912, Sp. 934; Bd. 94, S. 55. Wirksam wird die Erklärung, sobald sie dem Schuldner persönlich oder seinem allgemeinen gesetzlichen Vertreter z. B. Vormund zugeht, wäre es auch auf Umwegen (§ 130 I BGB.). Die Erklärung ist formlos, auch wenn ein Grundstück freigegeben wird, weil nicht dieses selbst oder eine an ihm bestehende dingliche Belastung, sondern lediglich die Verfügungsmacht des Konkursverwalters den Gegenstand der Disposition bildet. Die Buchung, d. h. die Löschung des Konkursvermerks (§ 114), wirkt daher nicht rechtsbegründend, sondern nur berichtigend. Zwischen der Freigabe und der Löschung des Konkursvermerks ist das Grundbuch unrichtig, da es eine buchfähige, aber nicht mehr bestehende Verfügungsbeschränkung verlautbart.

[2]) Lehrreich RG. Bd. 79, S. 28; Bd. 105, S. 314. — Da ein wegen Überlastung freigegebenes Grundstück fortab nicht mehr zur Masse gehört, taucht die Frage auf, ob nun etwa die Grundpfandgläubiger, denen der Gemeinschuldner auch persönlich haftet, der Schranken des § 64 ledig werden. So jetzt Th. Wolff, KO.[2] § 64, Anm. 4a. Damit wäre der Schutzzweck des § 64 in sein Gegenteil verkehrt und die Freigabe für den wichtigsten Fall unmöglich gemacht.

[3]) Die Unwiderruflichkeit der Freigabe besteht hier nicht. Hat der Verwalter Sachen nur deshalb, weil er sie irrtümlich für unpfändbar hielt, in der Hand des Schuldners belassen, so kann er sie, sobald er sein Versehen erkennt, zur Masse ziehen, ohne auf eine Irrtumsanfechtung angewiesen zu sein. Anders, wenn er im Zweifelsfalle bewußt auf die etwaige Massezugehörigkeit verzichtet hat. Hier bewendet es bei der Freigabe.

[4]) Siehe oben Seite 32.

[5]) Siehe oben Seite 18f. Buchungen, die auf die Konkursmasse N. N. oder auf den Verwalter der Konkursmasse N. N. lauten, sind nicht gerade unwirksam, sondern auf den Masseträger umzudeuten. Auch in Prozeßschriftstücken wird durch Anführung einer bestimmten Konkursmasse deren Träger als Partei bezeichnet. Das Gesetz selbst redet mitunter von Leistungen „an die Konkursmasse" (§ 37), von einer Bereicherung „der Masse" (§ 59 Nr. 3), von einer Wirksamkeit oder Unwirksamkeit „gegenüber der Konkursmasse" (§ 21), wie wenn diese Rechtspersönlichkeit hätte, meint aber damit den Masseträger als solchen.

Das konkursbefangene Vermögen wird aber durch seine Zweckbestimmung (§ 3) vom sonstigen Vermögen des Schuldners scharf geschieden. Getrennter Haftung und Vollstreckung unterworfen, stellt die Konkursmasse **ein Sondervermögen** dar. Wie in Fällen der erbrechtlichen Gütersonderung (§§ 1975ff. BGB.) zwischen Nachlaß und Eigenvermögen des Erben, so sind zwischen konkursbefangenem und konkursfreiem[1]) Vermögen des Schuldners Rechtsbeziehungen möglich (vgl. z. B. §§ 58 Nr. 3, 59 Nr. 1, 224), deren Feststellung im Prozesse zwischen dem Verwalter (für Rechnung der Konkursmasse) und dem Schuldner in Person oder seinem allgemeinen gesetzlichen Vertreter (für Rechnung des sonstigen Schuldnervermögens) erfolgen kann. So sind namentlich Streitigkeiten zwischen Verwalter und Schuldner über die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Konkursmasse im Klageweg auszutragen[2]).

§ 14.

2. Die Aussonderung.

I. Begriff. Wenn der Konkursverwalter eine Sache, die im Eigentum eines Dritten steht, eine Forderung, deren Gläubiger (z. B. als Zessionar) ein Dritter ist, oder irgendein anderes Recht eines Dritten für die Konkursmasse als deren Bestandteil in Anspruch nimmt, kann der Dritte den Gegenstand, die Sache oder das Recht, aussondern. Das Wesen einer solchen Aussonderung liegt in der Abwehr der vom Konkursverwalter behaupteten Massezugehörigkeit. Aussonderung ist sonach Widerspruch Dritter gegen die Inanspruchnahme von Gegenständen für die Konkursmasse (§ 43). Daß der Gegenstand, wie die übliche, nur auf Sachkörper passende, aber noch im § 44 der österreich. KO. festgehaltene Wendung lautet, sich tatsächlich in der Konkursmasse befinden müsse, ist eine ungenaue und irreführende Aufstellung. Objekt der Aussonderung kann eben nicht nur eine Sache (d. h. in Wahrheit das Eigentumsrecht), sondern auch jeder andere Vermögensgegenstand sein[3]), nicht nur Vollrechte (Eigentum, Gläubigerrecht), sondern auch begrenzte Rechte (z. B. eine vom Konkursverwalter geleugnete Dienstbarkeit oder Hypothek), auch die Freiheit eines Gegenstandes von einer zugunsten der Konkursmasse behaupteten Belastung. Gleich dem Widerspruche des § 771 ZPO. ist die Aussonderung Rechtsbehauptung eines Dritten (nicht des Schuldners). Wie jener gegen den Vollstreckungsgläubiger, richtet diese sich gegen den Konkursverwalter (nicht gegen den Schuldner persönlich). „Freigabe" ist als Verzicht auf bestehende Massezugehörigkeit, und zwar als Verzicht gegenüber dem Schuldner scharf zu scheiden von der Erfüllung eines Aussonderungsanspruchs[4]).

---

[1]) Umfassend die von Rechts wegen beschlagsfreien, die freigegebenen und die neuerworbenen Vermögensgegenstände.

[2]) Es wäre gar nicht zweckmäßig, wenn das Konkursgericht als solches (also der Einzelrichter im Beschlußverfahren) mit der Schlichtung der vielleicht recht schwierigen und folgenschweren Frage (etwa, ob Neuerwerb oder nur Surrogationserwerb) betraut würde. Das Gesetz hat dies nicht getan. Jedenfalls liegt in der Aufsichtsgewalt des Konkursgerichts (§§ 83f.) keine Ermächtigung, materiellrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden. Manche meinen aber, das Konkursgericht sei in entsprechender Anwendbarkeit des § 766 ZPO. (§ 72 KO) berufen, den Streit über die Massezugehörigkeit im Erinnerungsverfahren zu erledigen. Die Analogie ist unzulässig und wird von der Praxis (RG. Bd. 37, S. 398) jedenfalls dann abgelehnt, wenn der Verwalter einen Gegenstand ohne Widerstand des Schuldners zur Masse gezogen hat.

[3]) Über die Aussonderung von Forderungen, die der Gemeinschuldner vor dem Konkurs abgetreten hatte, siehe z. B. RG. Bd. 98, S. 145.

[4]) Siehe über die Freigabe oben § 13 unter II. Den Ausdruck „Aussonderung" hat erst unsere KO. in die Rechtssprache eingeführt. Nach dem Hauptfalle (der Eigentümer nimmt eine Sache in Anspruch, weil sie ihm und nicht dem Gemeinschuldner gehört) nennt die gemeinrechtliche Lehre die Aussonderungsberechtigten „Vindikanten" (c. com. a. 574ff. „revendication") oder „Separatisten ex iure dominii". Auch noch die preuß. KO. von 1855 (§§ 20ff.) redet von „Vindikations-Ansprüchen" und übersetzt „vindizieren" in den einzelnen Vorschriften mit „zurück-

1. Welche Ansprüche Aussonderungskraft haben, bestimmt das bürgerliche Recht. Auf dieses verweisend, stellt das Konkursgesetz (§ 43) aber ausdrücklich klar, daß nicht nur dingliche, sondern auch persönliche (schuldrechtliche) Ansprüche die Aussonderung begründen können. Der einen Gegenstand aussondernde Dritte braucht nicht gerade geltend zu machen, daß ihm selber der Gegenstand gehöre (daß er ihm also dem Rechte nach zustehe). Nur darf er „nicht dem Gemeinschuldner gehören". Wenn ein Gegenstand jetzt im Vermögen des Schuldners steht und ein Dritter lediglich einen Anspruch auf Voll- oder Teilübertragung dieses Gegenstandes in sein Vermögen, auf „Verschaffung" desselben (besonders auf Übereignung, Abtretung, Belastung) hat, dann begründet der Anspruch im Regelbereiche des Gesetzes keine Aussonderung. Eine solche setzt gegenwärtige Nichtzugehörigkeit zum Schuldnervermögen voraus. So bildet der Anspruch des Käufers auf Verschaffung der gekauften Sache im Konkurse des Verkäufers, so der Anspruch des Vermächtnisnehmers auf die vermachte Sache im Konkurse des Beschwerten, so der Rückübereignungsanspruch im Konkurse des ungerechtfertigt Bereicherten, soweit nicht Besonderheiten (wie die der §§ 17ff., 46) Platz greifen, nur eine in Geld (§ 69) zu verfolgende Konkursforderung. Nun stellt freilich auch bei schuldrechtlichen Ansprüchen auf Herausgabe (Rückgabe), wie sie der Verleiher, Hinterleger, Vermieter der einem anderen gehörenden Sache gegen den Gemeinschuldner haben kann, die Nichtzugehörigkeit der Sache zum Schuldnervermögen kein Wesensmerkmal des anspruchbegründenden Tatbestandes dar. Trotzdem gestattet der § 43 die Aussonderung auf Grund eines solchen persönlichen Rechts, um dessen Verfolgung zu erleichtern. Hier lassen Entstehungsvorgang und Lebenserfahrung immerhin vermuten, daß die Sache dem Schuldner und darum seiner Konkursmasse nicht zugehöre, weil man eben nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nur fremde Sachen entleiht, verwahrt oder mietet. Die gleiche Frage erhebt sich für den Drittwiderspruch gegenüber der Einzelvollstreckung (§ 771 ZPO.). Sie läßt sich kurz dahin beantworten: der schuldrechtliche Anspruch in Ansehung einer Sache hat Aussonderungskraft, wenn er auf Sachherausgabe, nicht aber, wenn er auf Sachverschaffung geht. Für dingliche Rechte besteht kein Zweifel. Sie sind ihrem Wesen nach Aussonderungsrechte[1]).

---

fordern", obwohl die Aussonderung auch einer Sache keineswegs voraussetzt, daß diese aus der Hand des Berechtigten in die des Gemeinschuldners oder Verwalters gelangt ist. Die ungenaue Ausdrucksweise hat sich aber weit verbreitet und auch noch Aufnahme in die österr. KO. (1868) gefunden, die erst in der Neufassung (1914) den deutschen Fachausdruck „Aussonderung" übernimmt. Unsere KO. reiht der „Aussonderung" (§§ 43ff.) die „Absonderung" (§§ 47ff.) an. „Abgesonderte Befriedigung" ist eine vom Konkursverfahren unabhängige (§ 4) Vorzugsbefriedigung aus bestimmten zur Masse gehörenden Gegenständen. Bestreitet der Konkursverwalter die den Absonderungsanspruch begründende Haftung des Massegegenstandes, dann geht der Absonderung begrifflich eine Aussonderung voran. Behauptet z. B. der Verwalter, ein Grundpfandrecht bilde als Eigentümergrundschuld des Gemeinschuldners einen Massebestandteil, während es in Wahrheit einem Dritten als Gläubigerhypothek zusteht, dann stellt die Abwehr der zugunsten der Masse versuchten Inanspruchnahme dieser Belastung eine Aussonderung dar, an die sich dann die abgesonderte Befriedigung aus dem zur Masse gehörenden Grundstück anreiht. Als solche stehen heute Aus- und Absonderungsberechtigte außerhalb des Konkursverfahrens. Sie sind keine Konkursgläubiger. Dagegen hatte das gemeine Recht lange Zeit (auch noch die preuß. AGO. I 50 §§ 296ff.) die Separatisten ex iure dominii (Aussonderungsberechtigte) wie die Separatisten ex iure crediti (Absonderungsberechtigte) als privilegierte Konkursgläubiger auf die Teilnahme am gemeinschaftlichen Befriedigungsverfahren verwiesen.

[1]) So nicht nur das Vollrecht des Eigentümers, sondern auch alle begrenzten Rechte. Denn es liegt im Wesen der dinglichen Belastung einer Sache, daß diese für den Bereich der Belastung dem Vermögen des Eigentümers entfremdet wird. Insoweit erfüllt sich das Erfordernis der Nichtzugehörigkeit zum Schuldnervermögen. So bildet der Konkurs in der Tat einen Prüfstein der Dinglichkeit. Siehe z. B. über das Aussonderungsrecht, das im Konkurse der Aktiengesellschaft dem Zeichner an der schon vor dem Konkurs ausgefertigten und von der Gesellschaft für ihn verwahrten Aktienurkunde zusteht, RG. Bd. 94, S. 64. Wenn für den Bereich des § 43 KO. oder des § 771 ZPO. die Frage aufgeworfen wird, unter welcher Voraussetzung persön-

2. Eine große Rolle spielt im Rechtsleben die Aussonderung von Treugut. Das Wesen einer Treuhandverfügung (fiducia) liegt darin, daß die Vertragsgenossen bewußt eine über die angestrebten wirtschaftlichen Zwecke hinauswirkende Rechtsübertragung vereinbaren, z. B. eine Übereignung oder Abtretung zum bloßen Zwecke der Sicherung, der Einziehung, der Weiterveräußerung, der freieren Verwaltung. Daß Treuhandverfügungen zu erlaubten Zwecken rechtsbeständig sein können, folgt aus der abstrakten Natur der Übertragungsgeschäfte (vgl. z. w. §§ 398, 413, 873, 929 BGB.) und wird für die Fälle der Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung bestätigt durch den § 223 II BGB. Die Treuhandverfügung ist wohl zu unterscheiden von der Scheinverfügung. Wer einem anderen mit dessen Einverständnis einen Gegenstand nur Scheines halber übertragen hatte, kann unzweifelhaft den Gegenstand (z. B. im Falle simulierter Auflassung das auf den Namen des anderen verbuchte Grundstück) im Konkurse des Scheinerwerbers aussondern (§ 117 I BGB.)[1]. Der Rechtserfolg einer Treuhandverfügung aber wird auf beiden Seiten ernsthaft gewollt. Das Treugut tritt in das Vermögen des Treuhänders ein. Kann es gleichwohl in dessen Konkurs vom Treugeber ausgesondert werden? Namhafte Rechtslehrer bestreiten das.

Der nächstliegende Sinn einer Anvertrauung zu treuen Händen ist der, daß der Erwerber über den Gegenstand kraft eigenen Rechtes und im eigenen Namen, aber zu fremdem Nutzen verfügen soll. Das sind die Fälle der uneigennützigen Treuhand[2]. So, wenn eine Forderung nur zu dem Zwecke abgetreten wird, daß der Zessionar sie auf Kosten und für Rechnung des Zedenten einziehe; wenn Wechsel oder Scheck mit Vollindossament, aber nur zum Inkasso begeben werden[3]; wenn eine Übereignung nur vollzogen wird, damit der Erwerber die Sache für Rechnung des Veräußerers weiterverkaufe; wenn einem Sammler Spenden ausgehändigt

liche Rechte die Klage begründen, so handelt es sich dabei nicht um den Fall, daß die Forderung selber das Objekt der Aussonderung oder des Drittwiderspruchs bildet. Daß der wahre Gläubiger (als Zessionar, Erbe) der Inanspruchnahme des Forderungsrechtes für die Zugriffsmasse ebenso entgegentreten kann wie der wahre Eigentümer einer Inanspruchnahme der Sache, das steht völlig außer Streit. Ihm und nicht dem Gemeinschuldner steht der Gegenstand (die Forderung wie die Sache) dem Rechte nach zu. Fraglich ist nur, wann irgend ein für die Zugriffsmasse in Anspruch genommener Gegenstand (besonders ein körperlicher), in Ansehung dessen ein Dritter einen schuldrechtlichen Anspruch hat, kraft dieses Anspruchs dem Zugriff entzogen werden kann. Hier handelt es sich also nicht um eine Aussonderung der Forderung, sondern um eine Aussonderung ihres Objektes. Liegt das Wesen der Aussonderung in der Verneinung der Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Schuldnervermögen, dann können Ansprüche darauf, daß der Schuldner einen derzeit ihm gehörenden Gegenstand aus seinem Vermögen in das des Gläubigers überführe, die Aussonderuug (und den Drittwiderspruch) offenbar nicht begründen. Wir nennen diese Ansprüche nach dem typischen Falle der §§ 433, 434 BGB. „Verschaffungsansprüche". Sie stehen im Gegensatze zu solchen schuldrechtlichen Ansprüchen, die nicht erst auf Übertragung aus dem Schuldnervermögen, sondern direkt auf Herausgabe gerichtet sind, wie die Forderungen auf Rückgabe einer Sache nach beendeter Leihe, Verwahrung, Miete, Pacht oder Verpfändung. Nach einem dinglichen Vorbild (§ 985 BGB.) nennen wir sie „Herausgabeansprüche". Doch bedarf es bei der Unsicherheit des gesetzlichen Sprachgebrauchs aller Vorsicht. Namentlich sind Forderungen „auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung" (§§ 812ff. BGB.) wie z. B. auf Rückübereignung einer ohne rechtlichen Grund im Vermögen des Schuldners stehenden Sache, vom Ausnahmefall des § 46 abgesehen, keine Aussonderungsansprüche. Nur die Vormerkung verleiht solchen Ansprüchen dinglichen Schutz (§ 24). Der echte Herausgabeanspruch dagegen begründet die Aussonderung der Sache (besonders einer anvertrauten), ohne daß der Aussondernde auch der Eigentümer zu sein brauchte. Sind der schuldrechtliche und der dingliche Anspruch in einer Hand vereinigt, dann hat der Berechtigte die Wahl, auf welchen von beiden er die Aussonderung stützen will. Zuständigkeit, Klagegrund und Beweislast sind danach zu trennen. Stehen die Ansprüche verschiedenen Personen zu, dann löst sich der Widerstreit nicht anders, als wenn kein Konkurs schwebte (vgl. § 76 ZPO.).

[1]) Nur trägt eben der Aussondernde die oft recht schwere Beweislast der Simulation.

[2]) Ob der Treuhänder entgeltlich oder unentgeltlich tätig wird, ist belanglos. Auch wenn er eine Vergütung (Provision) bezieht, verfügt er über das Treugut im Interesse des Treugebers.

[3]) Ein besonders häufiger Vorgang, weil der Handelsverkehr das bloße Prokuraindossament (Art. 17 WO.) meidet, um den Anschein des Mißtrauens zu verhüten.

werden, damit er sie als Eigentümer einem gemeinnützigen Zwecke zuführe; wenn beim Trust Aktien nur übertragen werden, damit der Erwerber für Rechnung der Veräußerer die Aktionärrechte ausübe. Hier kann überall der Treugeber im Konkurse des Treuhänders das noch bei diesem vorhandene Treugut selber aussondern[1]). Zwar stützt der Wortlaut des Gesetzes (§ 43) den Aussonderungsanspruch nicht[2]). Allein eine auf die Entstehung des § 43 gegründete und unabweisbaren Verkehrsbedürfnissen Rechnung tragende Praxis bejaht den Aussonderungsanspruch des Treugebers bei uneigennütziger Treuhand ständig seit mehr als einem Menschenalter. Damit hat er gewohnheitsrechtliche[3]) Anerkennung erlangt[4]).

Es gibt nun aber auch Fälle eigennütziger Treuhand, in denen der Treuhänder um seiner selbst willen zum Herrn des Treugutes gemacht wird, wenngleich mit Zweckbeschränkung. So liegen die Dinge bei der Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung. Gerät hier der Treuhänder, also der gesicherte Gläubiger, in Konkurs, so kann seinem Konkursverwalter gegenüber das Treugut so, freilich auch nur so, wie außerhalb des Konkurses ausgelöst werden (also nicht durch vorzeitiges Aufdrängen der Zahlung). Ist aber die gesicherte Schuld erloschen, so liegt fortab nur noch eine uneigennützige Treuhand vor, bei der das Treugut auch dann ausgesondert werden kann, wenn das Erlöschen der Schuld nicht als auflösende Bedingung von selber den Rückfall bewirkt[5]).

---

[1]) Also z. B. im Falle des Vollindossaments zum bloßen Inkasso das Wertpapier mit dem Gläubigerrecht, nicht aber auch die schon eingezogenen Summen. Siehe dazu unten II 3. Den Aussonderungsanspruch hat der Konkursverwalter dadurch zu erfüllen, daß er das an den Treugeber zurückindossierte Orderpapier diesem herausgibt.

[2]) Denkbar sind freilich Treuhandverfügungen, die dergestalt auflösend bedingt werden, daß beim Eintritt eines den Geschäftszweck vereitelnden Vermögensverfalles, etwa der Zahlungseinstellung des Treuhänders oder der Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen, das Treugut von selbst an den Treugeber zurückfällt. Bei solcher Rechtslage steht die Anwendbarkeit des § 43 außer allem Streit, weil eben das Treugut nach Eintritt der Bedingung dem Gemeinschuldner nicht mehr „gehört" (auch der § 15 stünde dem Rückfall nicht entgegen). Eine derartige Bedingtheit verlangt aber eine ganz genaue inhaltliche Bestimmung und darf nicht willkürlich unterstellt werden. Sie scheitert für besonders wichtige Fälle am Verbote des § 925 II BGB. In der Rechtsprechung zum § 43 KO. steht die uneigennützige Treuhand nur als unbedingte zur Erörterung.

[3]) Wenn es überhaupt möglich ist, daß sich unter der Führung des obersten Gerichtshofes Reichsgewohnheitsrecht bildet (und wer wollte das heute noch bestreiten!), dann hat unsere Frage ihre gewohnheitsrechtliche Lösung gefunden. Siehe aus der Fülle der Entscheidungen nur RG. Bd. 19, S. 60 (5. III. 1887); Bd. 24, S. 45; Bd. 31, S. 392; Bd. 45, S. 80 („selbst die formale Kraft der Grundbucheintragung" stehe nicht entgegen); Bd. 62, S. 198; Bd. 79, S. 121 (auch für den Drittwiderspruch nach § 771 ZPO.); Bd. 84, S. 218; Bd. 91, S. 12; Bd. 92, S. 342; Bd. 94, S. 307 und zuletzt noch in Gruchots Beitr. 66, S. 590 (25. V. 1921). Nach den Materialien ist es das Vollgiro zu Inkassozwecken, dessen Aussonderung Kommission und Regierungsvertreter übereinstimmend bejahen (Protokolle S. 28ff., 127ff., 163ff., 172). Nur spruchreife Einzelfragen zu regeln, wie dies im Anschluß an den a. 574 c. com. zahlreiche Auslandsgesetze getan, hat die KO. mit Recht vermieden. Denn der Gegenschluß ist, so ungerechtfertigt er gerade hier wäre, immer zu besorgen. — In der Begründung der Urteile wird der Gegensatz zwischen formal-juristischer und materiell-wirtschaftlicher Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen stark betont (bis zuletzt). Die Unterscheidung ist nicht bedenkenfrei, weil der Ausdruck „gehören" in den §§ 1, 43 KO. im rechtlichen Fachsinne verstanden werden muß. Doch hängt ja von der Stichhaltigkeit der Gründe die Maßgeblichkeit der Übung nicht ab.

[4]) Das Gewohnheitsrecht bedeutet gegenüber der Regel des Gesetzes eine Erweiterung, wie sie positive Rechtssätze in den Fällen unter II verordnen. Wie dort äußert sich die Regelwidrigkeit darin, daß der Verwalter den Aussonderungsanspruch durch Übertragung des Gegenstandes aus dem Schuldnervermögen heraus (durch Rückübereignung, Rückzession, Rückindossierung) zu erfüllen hat. Über das Verhältnis zwischen Treuhänder und mittelbarem Stellvertreter siehe unter II 1.

[5]) Vgl. RG. Bd. 55, S. 394. Hatte der Treuhänder sich bereits vor dem Konkurs im Wege der Veräußerung des Sicherungsgutes befriedigt, so ist kein Raum mehr für eine Aussonderung. Der Anspruch auf den Übererlös bildet eine einfache Konkursforderung. Siehe den Text unter II 3. Über das Absonderungsrecht des Treuhänder-Gläubigers im Konkurse des Treugeber-Schuldners unten Seite 78.

3. Das Aussonderungsverfahren wickelt sich unabhängig vom Konkurs ab. Unsere KO. verweist auch in dieser Hinsicht auf die „außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetze" (§ 43). Der Berechtigte kann den Aussonderungsanspruch gerichtlich und außergerichtlich, angriffs- und verteidigungsweise geltend machen, nur hat er ihn gegen den Konkursverwalter als Zwangsvertreter des Masseträgers zu richten, weil der Verwalter den Gegenstand als Vermögen „des Gemeinschuldners", als Massebestandteil, in Anspruch nimmt (§§ 1, 11, 43). Den Kern des Richterspruchs im Aussonderungsprozesse bildet die Feststellung der Nichtzugehörigkeit zur Konkursmasse, die für sich allein zum Ziele führen kann, wie etwa zur Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO. oder als Feststellung des Gläubigerrechts eines aussondernden Zessionars[1]). Meist aber beantragt der Aussonderungskläger zugleich ein Leistungsgebot, das im Regelfalle der Sachaussonderung auf Herausgabe durch den Konkursverwalter (nicht etwa bloß auf Gestattung der Wegnahme) zu lauten hat, in Ausnahmefällen aber auch auf Übertragung an den Kläger lauten kann[2]). Niemals gehen Aussonderungsansprüche auf Zahlung einer Geldsumme. Nur unterscheidbar vorhandene Geldstücke (Scheine) können Gegenstand einer Aussonderung sein. Die Ansicht, daß die Aussonderungsklage Freigabe aus dem konkursgebundenen zugunsten des konkursfreien Vermögens begehre, beruht auf völliger Begriffsverwirrung. Was nützte ein solcher Erfolg dem Kläger!

II. Gesetzliche Erweiterungen. 1. Forderungen aus dem Ausrichtungsgeschäft **eines Kommissionärs gelten** im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten einerseits, dem Kommissionär und dessen Gläubigern andrerseits, noch ehe sie dem Kommittenten abgetreten sind, bereits als Forderungen des Kommittenten (§ 392 II HGB.). Aus dieser (beschränkten) Unterstellung folgt, daß der Kommittent im Konkurse des Kommissionärs die noch ausstehende „Forderung" (auf den zu zahlenden Kaufpreis, auf die zu liefernde Ware) aussondern kann, d. h. hier, daß er vom Konkursverwalter ihre Abtretung zu beanspruchen hat. Ohne Abtretung vermag der Kommittent den dritten Schuldner auch dann nicht zu belangen, wenn der Kommissionär im Konkurse steht (§ 392 I HGB.).

Entsprechend hat der Versender im Konkurse des Spediteurs ein Aussonderungsrecht an den Forderungen des Spediteurs gegen den Frachtführer (§§ 407, 392 HGB.).[3]). Aussonderungsgegenstand ist aber nach § 392 II HGB. nur die noch ausstehende Forderung. Sie genügt dem Erfordernisse der Unterscheidbarkeit, das dessen Leistungsgegenstand (zumal eine Geldsumme) vielleicht rasch verliert. Im Falle der Einkaufskommission kann daher die dem Kommissionär bereits übereignete Ware selbst nach § 392 II HGB. nicht ausgesondert werden. Doch hatte möglicherweise der Kommissionär das Eigentum bereits, ehe er in Konkurs geriet,

---

[1]) Beispiel: RG. Bd. 98, S. 145.

[2]) Siehe oben Seite 72 Note 4. Also z. B. auf Rückauflassung an den Kläger, wenn dieser als Treugeber ein Grundstück im Konkurse des Treuhänders aussondert, auf Abtretung an den Kläger in den Fällen unter II 1. Auch für die Zuständigkeit gelten die allgemeinen Vorschriften. So ist im Regelbereiche des § 43 für die Klage auf Aussonderung des Grundeigentums oder einer Grundstücksbelastung (Feststellung, Bewilligung der Berichtigung) der dingliche Gerichtsstand begründet (§ 24 ZPO.), nicht dagegen für eine Klage des Treugebers auf Rückauflassung, da diese nicht das Eigentum, sondern nur eine (wenn auch mit Aussonderungskraft bekleidete) Forderung auf Rückübereignung des Grundstücks geltend macht, das dem jetzigen Gemeinschuldner in aller Form Rechtens übereignet war. Siehe wegen der Zuständigkeit im allgemeinen oben S. 30 N. 1. Einen eigenen gesetzlichen Gerichtsstand, wie ihn der § 771 ZPO. für den Drittwiderspruch geschaffen hat, gibt es für Aussonderungsklagen nicht. Auch für Anordnungen im Sinne der §§ 769, 771 ZPO. ist kein Raum. Wohl aber kann der Aussonderungsberechtigte vorläufigen Schutz nach Maßgabe der §§ 935f. ZPO. erwirken, etwa in Gestalt von einstweiligen Hinterlegungsgeboten oder Verwertungsverboten an den Konkursverwalter. — Wegen der Mitwirkung eines Gläubigerausschusses siehe §§ 133 Nr. 2, 136.

[3]) RG. Bd. 92, S. 11. Ebenso sind Kommittent oder Versender durch das Recht des Drittwiderspruchs (§ 771 ZPO.) gegenüber Einzelzugriffen der Gläubiger des Kommissionärs oder Spediteurs geschützt. Diese Gläubiger müssen bei der Art des Gewerbebetriebes ihres Schuldners damit rechnen, daß fremde Güter durch seine Hand gehen, können sich also über Kreditgefährdung nicht beklagen.

auf dem Wege der §§ 181, 930, 931 BGB. an den Kommittenten übertragen oder ihm die eingekauften Wertpapiere nach Maßgabe der Vorschriften des Depotgesetzes (§§ 3, 5, 7, vgl. § 10) übereignet[1]). Für Geschäftsbesorger des bürgerlichen Rechts, die eigenen Namens, aber auf fremde Rechnung tätig werden, fehlt es an einer dem § 392 II HGB. entsprechenden Vorschrift. Auch läßt sich ihnen gegenüber das Aussonderuugsrecht des Geschäftsherrn hinsichtlich der erst vom Geschäftsbesorger angeschafften Gegenstände nicht unter dem Gesichtspunkte der Treuhand rechtfertigen, da von einer Anvertrauung nur bei Gegenständen die Rede sein kann, die der Machtgeber bereits im Vermögen oder auf die er zum mindesten einen forderungsrechtlichen Anspruch hatte[2]). Im Falle der Versicherung für fremde Rechnung hat der dritte Versicherte gegenüber der Konkursmasse des Versicherungsnehmers auf Grund eigener Schutzvorschriften ein Aussonderungsrecht (§ 886 I 1 HBG., § 75 I VVG.)

2. Bei Versendungskäufen darf der Verkäufer oder Einkaufskommissionär die von auswärts überschickte, noch unbezahlte Ware aus der Konkursmasse des Käufers oder des Kommittenten selbst dann aussondern, wenn das Eigentum auf den Adressaten — den jetzigen Gemeinschuldner — bereits vor dem Konkurs übergegangen war. Nur wenn die Ware selbst schon vor dem Konkurs am Adreßort angelangt und vom Adressaten oder für diesen in Gewahrsam genommen ist, wird die Rückforderung — **das Verfolgungsrecht** (right of stoppage in transitu) — versagt[3]). Praktische Bedeutung hat das Recht namentlich in den Fällen der Übereignung durch Konnossement, Ladeschein oder Lagerschein (§§ 424, 450, 647 HGB.), durch Absendung des Stückeverzeichnisses nach Maßgabe der §§ 7, 3 DepotG. und in dem Ausnahmefall, daß die Transportperson (Eisenbahn, Post) Vertreterin des Adressaten in der Empfangnahme ist. Das Verfolgungsrecht kann dem Absender aber auch von Vorteil sein, wenn die Ware erst nach Konkursbeginn in das Eigentum des Konkursschuldners übergeht. Hier müßte, weil der Lieferungsanspruch Bestandteil der Konkursmasse war, an sich auch die gelieferte Ware in die Masse fallen. Durch Erfüllung im Sinne des § 17 (Vollzahlung des bei Konkursbeginn noch ausstehenden Kaufpreises), nicht aber durch Erfüllungsablehnung kann der Verwalter die Rückforderung hintertreiben (§ 44).

Die Natur des Rechts ist bestritten. Nach seiner geschichtlichen Entwicklung bedeutet die Verfolgung eine Rückgängigmachung des Vertrags. Da aber der Rücktritt nach den §§ 346ff., 327 BGB. nur einen Verschaffungsanspruch begründet, liegt in der Verstärkung des Rechtes auf Rückgewähr zum Aussonderungsrecht eine auf Billigkeitsgründen beruhende Ausnahme. Gegen dritte Erwerber dringt das Verfolgungsrecht nicht durch.

3. Ist der ursprüngliche Aussonderungsgegenstand (Sache, Forderung oder sonstiges Vermögensstück) durch eine dem Berechtigten gegenüber wirksame Verfügung[4]) (vgl. § 816 BGB.) des Schuldners oder des Verwalters in dritte

---

[1]) Die ungeheuerliche Steigerung des Effektenverkehrs, die infolge des Verfalls unserer Währung eingetreten war, hatte eine strenge Beobachtung der depotgesetzlichen Schutzvorschriften vereitelt und führte zur Schaffung des S. 50 f. behandelten Konkursvorrechts der Besteller von Wertpapieren.

[2]) Vgl. RG. in Gruchots Beitr. 66, S. 591f. Nicht ausgeschlossen ist aber, daß der sog. mittelbare Stellvertreter zum Treuhänder gemacht wird. Wenn der Kommittent bei der Verkaufskommission (was vorkommt) dem Kommissionär durch Übereignung der von diesem zu verkaufenden Waren volle Macht einräumt, der Kommissionär aber vor der Weiterveräußerung in Konkurs verfällt, unterliegen die Waren als Treugut der Aussonderung.

[3]) Die Einrichtung entstammt dem englischen Recht und hat sich über die ganze Erde verbreitet. Auch die österr. KO. von 1914 hat im § 45 das Verfolgungsrecht im engsten Anschluß an unsern § 44 übernommen. Die Entwicklung steht im Zusammenhange mit der Ausbildung des Konnossements und der ihm entsprechenden Warenpapiere. Daß es zu einem Anhalten (Stoppen, Arretieren) der Ware auf der Reise kam, verlangt unser Gesetz nicht mehr. Es genügt, daß sie bei Konkursbeginn noch reiste. Lautet das Konnossement auf die Order des Abladers (als Verkäufers im Sinne des § 44), dann stehen dessen Weisungen in Ansehung des Gutes unter den Schranken des § 659 I, III HGB. RG. Bd. 98, S. 338.

[4]) Es muß sich um entgeltliche Veräußerung handeln. Ob diese befugt oder unbefugt, freihändig oder öffentlich, freiwillig oder im Zwangsweg erfolgt (als Zwangsversteigerung, Zwangsenteignung), gilt gleich. Siehe z. B. RG. Bd. 94, S. 25. Entgeltliche Veräußerung ist auch die Einziehung einer Forderung. Muß die Verfügung dem Aussonderungsberechtigten gegenüber wirksam sein? Verneinend (aber mit Unrecht) RG. Bd. 98, S. 148.

Hand gelangt, so verleiht der § 46 dem Verletzten in gewissen Grenzen einen Anspruch auf **Ersatzaussonderung**. Dabei ist zu unterscheiden:

a) Steht die Gegenleistung noch aus, so kann der Verletzte vom Verwalter die Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung (z. B. der Forderung auf den Kaufpreis) verlangen (§ 46 Satz 1). Ob bereits der Schuldner oder erst der Verwalter verfügt hat, gilt gleich.

b) Ist die Gegenleistung nach Konkursbeginn zur Masse eingezogen worden, so richtet sich die Ersatzaussonderung auf den noch unterscheidbar in der Masse vorhandenen Leistungsgegenstand, z. B. auf das Tauschobjekt (§ 46 Satz 2). Dieser Aussonderungsanspruch geht auf Leistung dem Stücke nach und gelangt noch vor den Masseansprüchen zum Zuge. Ist aber die nach Konkursbeginn eingezogene Gegenleistung (besonders eine Geldsumme) mit der übrigen Masse vermengt worden oder aus andern Gründen nicht mehr unterscheidbar vorhanden, so ist der Verletzte Massegläubiger nach § 59 Nr. 1 oder Nr. 3[1]).

c) War die Gegenleistung schon vor dem Konkurse vom Schuldner eingezogen worden, so versagt der § 46. Der Verletzte kann seine Ansprüche (auf Erfüllung, Schadensersatz, Bereicherung) nur als Konkursgläubiger verfolgen.

Diese Sätze gelten auch für die Vereitelung einer regelwidrigen Aussonderung, wie sie dem Treugeber im Konkurse des Treuhänders oder dem Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs zusteht. Wenn schon vor dem Konkurse das Treugut vom Treuhänder, das Kommissionsgut vom Verkaufskommittenten veräußert und der Kaufpreis eingezogen worden war, sind Treugeber und Kommittent auf einfache Konkursforderungen angewiesen[2]).

III. Gesetzliche Beschränkungen. Die Erfahrung lehrt, daß die Gläubiger eines Ehemanns häufig durch gewollte und ungewollte Vermögensverschiebungen zugunsten der Frau benachteiligt werden. Schon im § 1362 I BGB. wird daher[3]) bei allen Güterständen zugunsten der Gläubiger des Ehemanns die widerlegbare Vermutung aufgestellt, daß die im Besitz eines oder beider Ehegatten befindliche Fahrnis mit Einschluß der Inhaber- und Blankopapiere dem Manne gehört. Nur beim „Frauengeräte" streitet die Vermutung umgekehrt für Eigentum der Frau (§ 1362 II BGB.). Im Konkurse des Mannes rechtfertigt aber die Feststellung, daß ein Gegenstand nicht dem Manne, sondern der Frau gehört, für sich allein die Aussonderung bloß in Ansehung solcher Gegenstände, welche die Frau bereits vor der Ehe erworben hat. Fand der Erwerb erst während der Ehe statt, so steht der Frau ein Aussonderungsrecht nur zu, wenn (was sie im Streitfalle zu beweisen hat) der Erwerb nicht mit Mitteln des Mannes — vielmehr mit Mitteln der Frau oder eines Dritten — erfolgt ist. Sonst gehört er zur Konkursmasse des Mannes[4]). Das gilt auch für Grundstücke der Frau, auch für Sachen ihres persönlichen Gebrauchs, auch für Forderungsrechte (§ 45 KO.). Gegenstände, die der Mann entgeltlich oder unentgeltlich an seine Frau übertragen hat, sind „vom" Ehemann, aber nicht „mit Mitteln" des Ehemanns erworben und bilden fortab Mittel der Frau. Was die Frau späterhin mit diesen Mitteln erwirbt, ist daher der Aussonderung nicht entzogen. Doch unterliegen unentgeltliche Zuwendungen des Mannes an die Frau einer erweiterten Gläubigeranfechtung (§ 32 Nr. 2).

Der (de lege ferenda kaum mehr zu rechtfertigende) § 45 KO. gilt wie der § 1362 BGB. für alle Güterstände. Doch bleibt für die Fälle der Gütergemeinschaft

---

[1]) Zur Anwendbarkeit des § 59 Nr. 1, 3 vgl. RG. Bd. 98, S. 150.

[2]) Beispiele: RG. Bd. 94, S. 307.

[3]) In vorläufigem Abschluß einer weit zurückführenden Rechtsentwicklung (praesumtio Muciana).

[4]) Das ist die notwendige Kehrseite des § 45. Soweit er die Aussonderung ausschließt, verdrängt er auch die Ersatzaussonderung (§ 46).

zu beachten, daß nach § 2 KO. der Konkurs des Mannes das ganze Gesamtgut ergreift. Insoweit wird der Frau jede Aussonderung verwehrt[1]).

§ 15.

3. Die Absonderung.

I. Begriff. 1. Die Absonderung, die separatio ex iure crediti des gemeinen Konkursrechts, unterscheidet sich insofern von der Aussonderung, der separatio ex iure dominii, als jene auf Vorzugsbefriedigung aus einzelnen massezugehörigen Vermögensstücken, diese aber auf Ausscheidung massefremder Gegenstände gerichtet ist[2]). Den Grundstock der Absonderungsrechte bildet die Pfandhaftung im weiten Sinne des Wortes. Vom Konkursbeginn ab ist der Erwerb eines Absonderungsrechtes wie der eines Aussonderungsrechtes, sei es mit oder ohne Zutun des Konkursschuldners, für die Regel unterbunden (§§ 7, 15). Doch sichert die Pfandvormerkung das Zustandekommen eines Absonderungsrechtes sogar gegenüber dem Konkursbeschlage (§ 24)[3]).

Im gemeinen Rechte waren die stillschweigenden Generalhypotheken, besonders die der Ehefrau, dem Personalkredit zum Verhängnis geworden. Demgegenüber hat bereits die Konkursgesetzgebung des Jahres 1877 die Prinzipien der Publizität und Spezialität, die nun Grundpfeiler unseres Sachenrechts bilden, in weitem Umfange für den Konkurs zur Geltung gebracht (vgl. §§ 11—16 EG. KO. a. F.). Noch enger ist heute der Kreis der Absonderungsrechte begrenzt (§§ 4, 47—52, 221). Bei der Normierung dieser Rechte wird unbewegliches (§ 47) und bewegliches Vermögen (§§ 48, 49) entsprechend geschieden wie für die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen[4]).

So unleugbar in dieser Hinsicht der Fortschritt des Reichsrechtes ist, so nachteilig wirkt sich der Konkursmasse des Schuldners gegenüber das Präventionsprinzip aus, das reichsgesetzlich die Zwangsvollstreckung beherrscht (§ 804 III ZPO., § 11 II ZVG.). Nur allzu oft vereiteln kurz vor dem Konkurs erworbene Vollstreckungspfandrechte einzelner Gläubiger als Absonderungsrechte die gebotene Gleichbehandlung. Auch die Konkursanfechtung gewährt hier bloß einen unzureichenden Schutz[5]).

2. Meist wird durch das Absonderungsrecht eine Konkursforderung gesichert. Für diesen Regelfall gilt der Grundsatz der Ausfallhaftung. Siehe unten V 4. Es kann aber auch das Absonderungsrecht in reiner Sachhaftung begründet[6]) oder vom Gemeinschuldner zur Deckung einer fremden Schuld bestellt sein[7]). Mitunter erkennt das Gesetz die Absonderungskraft auch unmittelbar einer persönlichen Forderung zu[8]).

---

[1]) Darüber oben § 13 unter I 1. [2]) Siehe aber oben S. 69 Note 4.

[3]) Oben S. 23, 43. Auch können wir nicht verhindern, daß an den im Auslande belegenen Sachen der Masse Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte nach den insoweit maßgebenden Gesetzen des Auslandes begründet werden, etwa im Wege der Zession einer ungedeckten Konkursforderung an den Besitzer einer solchen Sache. Derartige Schiebungen gefährden die Masse. Darum wird ihr ersatzpflichtig, wer nach Ausbruch oder doch unter den Anzeichen des Konkurses eine Konkursforderung mit dem Erfolg abgetreten hat, daß kraft ausländischen Rechtes eine nach unserer KO. nicht verstattete Absonderung geltend gemacht werden kann (§ 50). Entsprechendes gilt für den Fall der Schaffung einer unserm Gesetz widerstreitenden Aufrechenbarkeit (§ 56).

[4]) Siehe den Text unter II und III. Für beide Gruppen kommt das Absonderungsrecht des Gemeinschaftsgenossen in Betracht. Darüber unter IV, S. 81.

[5]) Darüber oben S. 43.

[6]) So kann namentlich das Liegenschaftspfandrecht in der abstrakten Form der Grundschuld ohne Forderung bestehen (§§ 1191, 1192 I BGB.). Desgleichen die seerechtliche Sachhaftung (etwa in Fällen der §§ 486, 679 HGB.).

[7]) So, wenn der jetzige Gemeinschuldner zur Sicherung einer Verbindlichkeit seiner Frau Hypothek an einem jetzt zur Masse gehörenden Grundstück bestellt hatte.

[8]) So in Fällen des § 47 KO. mit § 10 Nr. 1—3 ZVG.

II. Unbewegliches Vermögen. 1. Aus Gegenständen, die im Sinne der Geldvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, haben nach § 47 diejenigen Gläubiger abgesonderte Befriedigung zu beanspruchen, die bei der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen zum Zuge gelangen. Durch die zwiefache Verweisung will das Gesetz das Objekt der Absonderung bestimmen und zugleich klarstellen, wer aus diesem abgesondert zu befriedigen ist, wie weit das Absonderungsrecht reicht und welchen Rang es einnimmt[1]). Im Vordergrunde steht das Liegenschaftspfandrecht als Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld (§§ 1113, 1191, 1199 BGB. mit § 10 Nr. 4 ZVG.). Wie ein Hypothekengläubiger letzter Stelle hat der Beschlagnahmegläubiger als solcher[2]) abgesonderte Befriedigung aus dem Grundstück und den mithaftenden Gegenständen zu beanspruchen (§ 10 Nr. 5 ZVG., vgl. § 13 Halbs. 2 KO.). Auch Reallasten (§ 1105 BGB.), Überbau- und Notwegrenten (§§ 912—916, 917 II BGB.) begründen Absonderungsrechte. Verwandeln sich Liegenschaftsrechte, die (wie z. B. Dienstbarkeiten) nicht auf Geldzahlung gerichtet sind, infolge des Zuschlags in Ansprüche auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlöse (§ 92 ZVG.), dann werden auch sie zu Absonderungsrechten. Zu den Immobiliarabsonderungsrechten des § 47 zählt auch das Pfandrecht an eingetragenen Schiffen, weil diese nach Maßgabe der §§ 864f. ZPO. im Sinne der Geldvollstreckung unbewegliches Vermögen bilden[3]).

2. Gehört ein Eigentümergrundpfandrecht des Gemeinschuldners zur Masse, dann gebührt ihr auch der bei der Grundstücksverwertung auf die Rangstelle des Rechtes entfallende Teil des Erlöses oder Ertrags. Hier handelt es sich einfach um die Umsetzung eines schon der Masse zustehenden Wertes. Ein so verursachter Ausfall nachstehender Rechte kommt den Konkursgläubigern in ihrer Allgemeinheit zugute. Der Ausgefallene muß mit ihnen ins Teil gehen, wenn er sich überhaupt aus der Konkursmasse befriedigt[4]). Ist das Eigentümergrundpfandrecht die einzige oder die letzte Belastung, so kann der Verwalter es auch löschen lassen und dann das entlastete Grundstück verwerten[5]). Eine Grundstücksverwertung betreibt der Verwalter nicht kraft des Pfandrechts, sondern kraft seiner allgemeinen Ermäch-

---

[1]) Eine das Verständnis sehr erschwerende Kürze des Ausdrucks. Deutlicher sagte die alte Fassung des Gesetzes (§ 39 II): „Den Umfang der Immobiliarmasse, sowie den Umfang und die Rangordnung der aus derselben zu berichtigenden Ansprüche bestimmen die Reichsgesetze und die Landesgesetze." Welche Gegenstände (Sachen und Rechte) der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, ergeben die §§ 864, 865 ZPO.; welche Ansprüche aus diesen Gegenständen abgesondert zu befriedigen sind, die §§ 10ff., 155, 162 ZVG. Die Reihenfolge des § 10 ZVG. ist Rangfolge (vgl. auch § 11 ZVG.). Innerhalb der Hauptklasse (§ 10 I Nr. 4 ZVG.) kommen besonders die Rangbestimmungen der §§ 879—881 BGB. in Betracht. Der § 47 KO. kann aber, was den Verfassern entgangen zu sein scheint, seinem allgemeinen Zwecke nach eine von der Gläubigerseite oder vom Konkursverwalter selbst (§ 126 KO., § 172 ZVG.) betriebene Verwertung im Vollstreckungswege nicht voraussetzen. Vielmehr müssen auch dann, wenn der Konkursverwalter Grundstücke in den Formen der freiwilligen Verwertung veräußert, die durch Verweisung im § 47 bezeichneten Rechte, beispielsweise die Ansprüche auf Lidlohn und Steuern im Umfang und Range des § 10 Nr. 2, 3 ZVG., als Absonderungsrechte zum Zuge gelangen. Für diesen Fall fehlt es nun aber an der Bestimmung eines der Beschlagnahme im Sinne der §§ 13, 173 ZVG. entsprechenden Zeitpunktes. Er wird im Abschlusse des die Veräußerung einleitenden Kaufvertrags (§ 313 BGB.) zu erblicken sein. Je mehr Realgläubiger konkurrieren, um so mehr Anlaß wird der Verwalter haben, ihre Befriedigung dem gerichtlichen Verteilungsverfahren der Zwangsvollstreckung zu überlassen. Unrettbar überlastete Grundstücke gibt er frei.

[2]) So also namentlich auch dann, wenn die Beschlagnahme zur Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nur wegen eines persönlichen Anspruchs erwirkt worden war.

[3]) Beachte § 870 II ZPO. mit §§ 162ff. ZVG. Hauptfälle: §§ 754ff. HGB., §§ 102ff. BinnenschiffG., §§ 1259ff. BGB. — Die abgesonderte Befriedigung aus Lehen, Stammgütern und Fideikommissen regelt sich nach den Landesgesetzen (§ 52 KO.; vgl. Art. 155 II 2 RV.).

[4]) Was voraussetzt, daß ihm der Gemeinschuldner auch persönlich haftet (§ 64).

[5]) Denkbar wäre auch eine Verwertung durch Verkauf und Abtretung des Eigentümerpfandes.

tigung und Verpflichtung, die Masse zu versilbern (§§ 117, 126). Darum steht der § 1197 BGB. nicht im Wege. Das Eigentümerpfandrecht kann für die Masse auch noch während des Konkurses erworben werden, etwa dadurch, daß der Gläubiger vom Verwalter mit Mitteln der Masse befriedigt wird[1]) oder daß er auf das Grundpfandrecht mit Wirksamkeit zugunsten der Masse verzichtet[2]).

III. Bewegliches Vermögen. 1. Aus Gegenständen, die im Sinne der Geldvollstreckung zum beweglichen Vermögen gehören, kann abgesonderte Befriedigung kraft der in den §§ 48, 49 bezeichneten Rechte verlangt werden. Diese Rechte sind:

a) Das rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrecht (§ 48). Es steht heute schon nach den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts unter dem Gebote der Erkennbarkeit[3]). Dementsprechend muß namentlich das Vertragspfand an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren Besitzpfand (Faustpfand) sein. Ersetzung der Besitzübergabe durch Besitzkonstitut wird bei Verpfändungen gerade im Hinblick auf die bei einem Konkurse des Verpfänders für dessen persönliche Gläubiger besonders empfindlichen Folgen einer ihnen unerkennbar gebliebenen Belastung nicht zugelassen[4]). Da aber die Verkehrsbedürfnisse dazu drängen, die Bestellung einer dinglichen Sicherheit auch an solcher Fahrnis zu verstatten, deren Besitz dem Schuldner unentbehrlich ist, erkennt eine auf den § 223 II BGB. gestützte ständige Praxis des Reichsgerichts ernsthafte und mit den guten Sitten zu vereinbarende Sicherungsübereignungen durch Konstitut als rechtswirksam an[5]). Der auf diese Art gedeckte Gläubiger hat im Konkurse des Übereigners die Stellung eines Absonderungsberechtigten und untersteht als solcher bei gleichzeitiger persönlicher Verpflichtung des Übereigners dem Grundsatze der Ausfallhaftung[6]).

---

[1]) Mag solchenfalls der Gemeinschuldner zugleich persönlich haften (§§ 1163 I 2, 1177 I BGB.) oder nicht (§§ 1143, 1153, 1177 II BGB.).

[2]) Sei es aus freien Stücken (vgl. § 64) oder in Erfüllung gesetzlicher Pflicht auf Verlangen des Verwalters, weil dem Grundpfandrecht eine Dauereinrede entgegensteht (Beispiele: RG. Bd. 86, S. 301; Bd. 91, S. 224). §§ 1168, 1169, 1192 BGB. Auch die nach § 37 bestehende Rückgewährpflicht des Gläubigers, der die hypothekgesicherte Forderung oder das Grundpfandrecht anfechtbar erlangt hatte, kann zum Erwerb eines Eigentümerpfandrechts durch die Masse führen. Im ersten Falle geht die Rückgewähr dahin, daß der Gläubiger auf die Forderung (§§ 1163 I 2, 1177 I BGB.), im zweiten dahin, daß er auf das Pfandrecht verzichte (§§ 1168, 1192. BGB.).

[3]) Siehe namentlich die §§ 1205f. 1253, 1280, 1293 BGB. Damit hat sich die besondere Regelung der §§ 14—16 EG. KO. erledigt (vgl. Art. II Nr. 4 EG. KNov. v. 1898). Bei der Verpfändung einer schlichten Forderung (auch eines Sparkassenguthabens oder eines Versicherungsanspruchs) dient dem Gebote der Erkennbarkeit die außer der (formlosen) Verpfändungseinigung im § 1280 vorgeschriebene Anzeige des Verpfänders an den Schuldner der zu verpfändenden Forderung (z. B. an die Sparkasse oder Versicherungsanstalt). Sie ist empfangsbedürftige Willenserklärung, die sich nach RG. Bd. 89, S. 289 auch in schlüssigem Verhalten des Verpfänders vollziehen kann, aber wie die Einigung vor dem Konkurse liegen muß (§ 15). Aushändigung der Schuldurkunde (auch des Sparkassenbuchs, des Versicherungsscheines) ist weder erforderlich noch genügend. Das Forderungspfandrecht erstreckt sich von Rechts wegen auf die Urkunde (§ 952 I 2 BGB.).

[4]) Siehe § 1205 gegen § 930 BGB.

[5]) Einen Überblick über den Stand dieser Rechtsprechung siehe RGRKom.[5] (1924) § 930 Anm. 6. Zum Schutze der persönlichen Gläubiger des Übereigners hat der 31. Deutsche Juristentag (Verhdlgn. I 409ff., III 188ff., 945) eine Erleichterung der Anfechtbarkeit empfohlen. Damit würde aber den mannigfachen Gefahren der Einrichtung nur unzulänglich zu steuern sein.

[6]) Siehe unten V 4. Über das Aussonderungsrecht des Übereigners im Konkurse des Gläubigers und Treuhänders siehe oben S. 71 f. Sittenwidrige Sicherungsübereignungen sind nichtig (§ 138 BGB.). Sie spielen besonders in der Nachkriegszeit eine erschreckende Rolle. So sind in der jüngsten Praxis des Leipziger Konkursgerichts (nach einem Berichte des Amtsgerichtsrats Dr. SCHUMANN) Fälle ermittelt worden, in denen der Schuldner zur Erschwindelung von Darlehen dieselben Gegenstände (Waren, Maschinen, Inventarstücke) hintereinander 25 mal jeweils als angeblich freies Eigentum immer wieder an neue Gläubiger konstitutweise übertrug (die Regel bildeten etwa 10 solcher Übereignungen!). Auch abgesehen vom § 138 hatten schon vom zweiten Erwerber ab alle noch so gutgläubigen Nachmänner mit Rücksicht auf den § 933 BGB. Eigentum nicht mehr erwerben können. Die ungeheuerliche Gefahr eines solchen Kreditschwindels

b) Die dem Vertragspfandrechte nach § 49 gleichstehenden Rechte, nämlich:

α) Das Abgabenabsonderungsrecht des Reiches, eines Landes oder eines engeren staatlichen Verbandes an zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- oder steuerpflichtigen Sachen wegen der auf ihnen selbst ruhenden Zölle, Übergangsabgaben, Verbrauchs- oder Verkehrssteuern. Vorausgesetzt wird eine gesetzliche Ermächtigung des Verbandes, bestimmte, etwa bei Ein- oder Ausfuhr, Herstellung oder Vertrieb einer Abgabe unterliegende Sachen wegen der Abgabe zurückzuhalten oder in Beschlag zu nehmen. Die „Beschlagnahme“ vollzieht sich wie nach § 14 VereinszollG. so nach § 101 RAbgO. durch bloßes Verfügungsverbot (dort des Zollbeamten, hier des Finanzamtes) an den, der die Erzeugnisse oder Waren (z. B. steuerpflichtigen Wein oder Tabak) in Gewahrsam hat[1]).

β) Die gesetzlichen Pfandrechte, besonders des Vermieters und Verpächters (§§ 559ff., 580ff., 585), des Pächters (§ 590), des Werkunternehmers (§ 647), des Gastwirts (§ 704), des Sicherungsberechtigten bei der Hinterlegung zur Sicherheit (§ 233BGB.), des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters, Frachtführers und Verfrachters (§§ 397, 410f., 421, 440ff., 623f., 627, 674 HGB.). Unter diesen Absonderungsrechten pflegt namentlich das Vermieterpfandrecht, zumal in den Großstädten, mit Rücksicht auf die Höhe der Geschäftsmieten, den Konkursgläubigern verhängnisvoll zu werden. Nicht selten zehrt es den Wert der Masse dergestalt auf, daß der Rest nicht einmal ausreicht, die Kosten des Konkurses zu decken (§§ 107, 204). Darum wird das Vermieterpfandrecht zugunsten der Konkursmasse beschränkt: als Absonderungsrecht kann es nicht für alle Zinsrückstände, sondern nur für die des Konkursvorjahres[2]) und nicht für den durch Kündigung des Verwalters (§ 19) entstehenden Entschädigungsanspruch geltend gemacht werden. Gleiches gilt für das Verpächterpfandrecht. Nur deckt bei der Pacht eines landwirtschaftlichen, d. h. ganz oder vorwiegend der Fruchtgewinnung gewidmeten Grundstückes, das Absonderungsrecht den gesamten Pachtzins[3]). § 49 Nr. 2.

γ) Das Pfändungspfandrecht. Vorausgesetzt wird eine gesetzmäßige amtliche (§§ 804, 928, 930 ZPO., §§ 325, 430 StPO., §§ 316ff. RAbgO.) oder private (Art. 89 EG. BGB.) Pfändung[4]).

---

liegt auf der Hand. Die Strafbarkeit des Schuldners (§ 263 StGB.) ist für die Geschädigten nur ein schwacher Trost. Auch die gesetzliche Einführung eines Registerzwanges stößt auf ernste Bedenken. Vgl. noch LZ. 1912 Sp. 97ff., 104ff.

[1]) Vgl. § 4 III WeinstG. v. 26. Juli 1918, § 19 TabakstG. v. 12. Dezember 1919. Über den Vorrang des Abgabenabsonderungsrechtes siehe den Text unter 3. Mit dem Absonderungsrecht kann das Konkursvorrecht des § 61 Nr. 2 konkurrieren. Konfiskation wegen Hinterziehung oder sonstiger Verstöße gegen die Steuergesetze (§§ 365, 370, 379, 380 RAbgO.) führt zur Aussonderung (§ 43). Weder ihr noch der Zurückbehaltung oder Beschlagnahme im Sinne des § 49 Nr. 1 steht die Sperre des § 15 entgegen. Siehe oben S. 42. Zwangsvollstreckung im Sinne des § 14 ist die in Rede stehende Beschlagnahme überhaupt nicht.

[2]) Vgl. die entsprechende Zeitschranke, die der § 563 BGB. zugunsten der Einzelvollstreckung zieht.

[3]) Allen rückständigen, laufenden und künftigen. Siehe § 585 Satz 1 gegen § 559 Satz 2 BGB. Der Erweiterung entspricht der § 49 Nr. 2 KO. Die Erstreckung der Pfandhaftung soll es dem Verpächter erleichtern, bei Mißernten schonende Stundungen zu bewilligen.

[4]) Zugunsten einer persönlichen Forderung kann durch Pfändung im Sinne der §§ 803ff. ZPO. nach Konkursbeginn ein Absonderungsrecht nicht mehr begründet werden. Dem Gläubiger einer Konkursforderung steht das Verbot des § 14, dem Gläubiger einer (nach den §§ 3, 63) unanmeldbaren Forderung die Sperre des § 15 entgegen. Auch einer Vorpfändung gemäß § 845 I ZPO. kann daher nach Konkursbeginn nicht mehr auf dem Wege des § 845 II ZPO. Absonderungskraft verschafft werden. Dagegen hindert weder der § 14 noch der § 15 eine Pfändung, die von einem Hypothekengläubiger kraft seines dinglichen Anspruchs als Beschlagnahme zur Aufrechterhaltung der Mithaftung von Miet- oder Pachtzinsansprüchen (§§ 1123f. BGB.) erwirkt wird. Dem stimmt nun auch die Praxis bei (RG. WarnRsp. 1915, S. 84; OLG. München u. KG. OLG. 29, S. 245, 246).

δ) Das Zurückbehaltungsrecht wegen einer noch jetzt werterhöhenden Aufwendung[1]) und jedes handelsgesetzliche Zurückbehaltungsrecht, namentlich das zum Verwertungsrecht verstärkte kaufmännische der §§ 369ff. HGB. Ein Gegenschluß aus § 49 Nr. 3, 4 stellt außer Zweifel, daß einer anderen Rückbehaltungsbefugnis die Absonderungskraft versagt bleibt. So namentlich derjenigen wegen eines durch die (z. B. verliehene) Sache verursachten Schadens (§ 273 II mit § 600 BGB.)[2]).

2. Für die Haftpflichtversicherung hat der § 157 VVG. ein gesetzliches „Absonderungsrecht" eigener Art geschaffen. Im Konkurse des Versicherungsnehmers kann nämlich der Haftpflichtgläubiger wegen des ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehenden Anspruchs[3]) abgesonderte Befriedigung aus der Entschädigungsforderung verlangen, die dem Versicherungsnehmer gegen den Versicherer zusteht. Die Besonderheit liegt darin, daß außerhalb des Konkurses eine gesetzliche Pfandhaftung der Versicherungsforderung nicht besteht[4]).

3. Die Reihenfolge des § 49 ist keine Rangfolge. Vielmehr bestimmt sich der Rang der Ansprüche auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen des beweglichen Vermögens nach dem sonstigen bürgerlichen Recht. Die Zurückbehaltungsbefugnis wegen werterhöhenden Aufwandes (§ 49 Nr. 3) geht ihrer Natur nach der Pfandhaftung vor. Im übrigen entscheidet für die Regel das Alter. Zu den schon außerhalb des Konkurses geltenden Ausnahmen, wie sie sich z. B. aus § 1208 BGB., aus § 366 III oder aus § 443 HGB. ergeben können, tritt im Konkurse der Vorrang des Abgabenabsonderungsrechts vor jeder anderen Fahrnisabsonderung (§ 49 II). Diesen Vorrang erstreckt aber hinwiederum der Art. III EG. KNov. v. 1898 auf die Rechtsverfolgung außerhalb des Konkurses. Damit gewinnt das Abgabenabsonderungsrecht die Bedeutung eines bevorzugten gesetzlichen Pfandrechts[5]).

4. Für alle Absonderungsrechte an Gegenständen des beweglichen Vermögens gilt der Anrechnungsgrundsatz des § 48 (mit § 49). Danach werden aus dem Erlöse gedeckt:

a) zuerst die Kosten (der Kündigung, der Rechtsverfolgung, der Verwertung, vgl. § 1210 II BGB.),

b) dann die Zinsen (die laufenden und die unverjährten Rückstände, die gesetzlichen und die bedungenen),

---

[1]) Wie sie z. B. dem Geschäftsbesorger (§§ 670, 675, 683) oder dem Besitzer einer fremden Sache als solchem zustehen (§§ 994ff. BGB.).

[2]) Oder die rein negative Rückbehaltungsbefugnis, die der § 32 RAO. dem Anwalt an den Handakten zuerkennt (KG. JurW. 1921, S. 636, Nr. 5). Dagegen ist die bei der Versicherung für fremde Rechnung dem Versicherungsnehmer namentlich wegen seines Anspruchs auf Erstattung der von ihm verauslagten Prämie gegenüber dem Versicherten eingeräumte Befugnis, den Versicherungsschein zurückzuhalten, verstärkt zu einem zugleich an der Versicherungsforderung bestehenden Absonderungsrecht mit eigner Verwertungsbefugnis (§§ 888, 889 HGB., § 77 VVG.).

[3]) Geschützt wird also die Forderung, die dem Haftpflichtgläubiger (dem verletzten Dritten) gegen den jetzigen Gemeinschuldner z. B. als Gastwirt nach § 701 BGB. oder als Tierhalter nach § 833 BGB. oder als Halter eines Kraftfahrzeugs nach den §§ 7ff. KFG. oder als Halter eines Luftfahrzeuges nach den §§ 19ff. LuftverkG. zusteht. Das Ergebnis der Haftpflichtversicherung wendet der § 157 VVG. dem Verletzten unter dem Gesichtspunkte zu, daß diese Versicherung wirtschaftlich seinem Interesse zu dienen bestimmt sei. Vor der Tatsache, daß der Versicherungsnehmer (der jetzige Gemeinschuldner) durch die Haftpflichtversicherung in erster Linie sich selber, nicht den Verletzten gegen Verluste decken wollte, verschließt sich das Gesetz.

[4]) Die beschränkte Regelung bereitet mancherlei Schwierigkeiten. Entsprechend der pfandrechtlichen Vorschrift des § 1282 BGB. wird anzunehmen sein, daß der Verletzte zur Befriedigung seines Haftpflichtanspruchs die nun zur Masse gehörende Versicherungsforderung einziehen darf. Beachte RG. Bd. 93, S. 212 (mit Bd. 81, S. 253).

[5]) Die §§ 1257, 1249 BGB. sind unbedenklich anwendbar (RG. Bd. 67, S. 220; Bd. 70, S. 409).

c) zuletzt das Kapital, d. h. der Geldbetrag der Hauptforderung (vgl. § 1228 II 2 BGB.) nebst einem (besonders durch vertragswidriges Verhalten des Schuldners bewirkten) Zuwachs (Vertragsstrafe, Schadensersatz)[1].

Solche Anrechnung wird bedeutsam für die Geltendmachung des Ausfalls im Konkurse (§ 64): einmal, weil die seit Konkursbeginn laufenden Zinsen unanmeldbar sind (§ 63 Nr. 1); sodann, weil am selben Gegenstand eine Mehrheit sich widerstreitender Absonderungsrechte bestehen kann[2].

IV. Gemeinschaftsverhältnisse. Bei Gemeinschaften des beweglichen oder des unbeweglichen Vermögens[3] hat der Gemeinschaftsgenosse des Schuldners wegen solcher Forderungen, die ihm vermöge seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft zustehen, ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus Anteilen des Schuldners. § 51. Ist beispielsweise das Gemeinschaftsverhältnis eine aus zwei Personen bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, deren einer Teilhaber in Konkurs verfällt (§ 728 BGB.), so gebührt dem andern, wenn er als Gesellschafter den Ersatz einer Auslage in Höhe von 2000 zu beanspruchen hat, der Schuldneranteil für sich betrachtet aber 3000 wert ist, vorab der volle Betrag von 2000, der Konkursmasse nur der Restwert des Schuldneranteils in Höhe von 1000. Dies sollte durch den § 51 einer älteren Lehre gegenüber klargestellt werden, die der Masse 3000 zuerkennen, den Gemeinschaftsgenossen aber auf die Anmeldung seines Ersatzanspruchs als bloße Konkursforderung beschränken wollte. Die Teilung oder sonstige Auseinandersetzung findet dem § 16 I zufolge außerhalb des Konkursverfahrens zwischen dem Gemeinschaftsgenossen und dem nach § 6 den Konkursschuldner vertretenden Verwalter statt[4]. Bei dieser Auseinandersetzung gehört nun der Ersatzanspruch des Gemeinschaftsgenossen schon zu den Schulden, die nach § 733 (vgl. § 756) BGB. zunächst aus dem gemeinschaftlichen Vermögen zu berichtigen sind[5]. Worin liegt nun aber, wenn in dieser Weise verfahren wird, der besondere Sinn des § 51? Soll die Vorschrift etwa nur dann Bedeutung gewinnen, wenn die im Gemeinschaftsverhältnisse begründete Forderung des Genossen beim Vollzuge der Auseinandersetzung außer acht gelassen oder der Anteil des Schuldners ohne jede Auseinandersetzung in die Masse einbezogen wird? In Wahrheit besagt erst der § 51 (was eigener gesetzlicher Anerkennung bedarf), daß die Forderung des Genossen auch als rein persönlicher Anspruch gegenüber dem Konkursschuldner bei der Auseinandersetzung mit diesem ein Recht auf Vorausbefriedigung aus dem Schuldneranteile gewährt und daß dieses Recht konkursmäßig als Absonderungsrecht zu behandeln ist (vgl. §§ 4, 64)[6].

---

[1] Pfandgedeckte Verwendungsansprüche des Absonderungsberechtigten (§§ 292, 994ff., 1216 BGB.) sind nach § 1210 II BGB. von den Kosten zu unterscheiden, bilden aber auch keinen bloßen Kapitalzuwachs. Sie werden daher nach der Hauptschuld anzusetzen sein.

[2] Der § 48 KO. hat sowohl dem § 12 ZVG., der nach § 47 KO. für die abgesonderte Befriedigung aus unbeweglichem Vermögen maßgebend ist, als dem für die Erfüllung geltenden § 367 BGB. als Vorbild gedient.

[3] Der § 51 unterscheidet nicht und nimmt darum eine selbständige Stellung sowohl gegenüber dem § 47 als gegenüber den §§ 48, 49 ein.

[4] Nach § 16 II kann der Konkursverwalter die Teilung auch dann verlangen, wenn das Teilungsrecht durch Übereinkunft der Gemeinschaftsgenossen (bei der Erbgemeinschaft durch Anordnung des Erblassers) ausgeschlossen oder erschwert war.

[5] Gleiches gilt z. B. für Gewinnrückstände (§ 722) oder für die Ausgleichung einer die innerrechtliche Beitragspflicht übersteigenden Inanspruchnahme (§ 426 II BGB.).

[6] Das Verständnis wird dadurch sehr erschwert, daß ein einheitlicher Gedanke (der noch im vorbildlichen § 36 preuß. KO. von 1855 auch einheitlich gefaßt war) in den §§ 16, 51 auseinander gerissen wird. Überdies sind die Worte „aus dem bei der Auseinandersetzung ermittelten Anteile" (§ 51) ungenau, da sich die Absonderung schon bei der Auseinandersetzung vollzieht. Es sollte heißen: der Genosse kann wegen seiner im Gemeinschaftsverhältnisse begründeten Forderungen bei der Auseinandersetzung abgesonderte Befriedigung aus dem Anteile des Gemeinschuldners verlangen. Die Fassung des § 756 BGB., der eine verallgemeinernde Fortbildung des dem § 51 KO. zugrunde liegenden Gedankens enthält, ist wesentlich besser gelungen. Für einen Hauptan-

Schwebt ein eigener Konkurs über das Gemeinschaftsvermögen (etwa als Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft, § 209), dann zehrt dieser den Anteil des auch persönlich im Konkurse stehenden Teilhabers auf und verdrängt damit für seinen Bereich auch die Absonderung eines Genossen.

V. Verfahren. 1. Die abgesonderte Befriedigung erfolgt nach § 4 II unabhängig vom Konkursverfahren, also nicht wie die der Konkursforderungen, nicht in Erfüllung einer allgemeinen Amtspflicht durch den Konkursverwalter, nicht unter Aufsicht des Konkursgerichts[1]). Es ist Sache des Absonderungsgläubigers, durch die gesetzlichen Mittel die Anerkennung und Verwirklichung seiner Rechte zu betreiben. Da der Absonderungsgegenstand zur Masse gehört und ein Übererlös ihr verbleibt, richtet sich die Rechtsverfolgung, namentlich die Klage und die Zwangsvollstreckung, gegen den Verwalter als den Zwangsvertreter des Masseträgers, unbeschadet der Befugnis des Verwalters, Absonderungsgegenstände freizugeben, von denen die Masse nichts zu erhoffen hat (§ 6, vgl. § 11). Prozesse sind außerhalb des Konkurses nach den gewöhnlichen Zuständigkeitsregeln auszutragen[2]).

Das Recht des Eigentümers eines hypothekbelasteten Grundstücks, die mit diesem haftenden, aber noch nicht durch Beschlagnahme verstrickten Gegenstände im Rahmen ordnungsmäßiger Grundstücksbewirtschaftung aus der Pfandhaftung zu lösen, also z. B. Bodenerzeugnisse zu ernten oder Miet- und Pachtzinsen einzuziehen (§§ 1121 ff. BGB.), übt der Konkursverwalter ebenso aus wie der Eigentümer selbst außerhalb des Konkurses oder im Falle der Freigabe. Im Rahmen solcher Rechtsausübung kann von „rechtloser" Bereicherung der Masse im Sinne des § 59 Nr. 3 keine Rede sein[3]). Anders liegen die Dinge, soweit dem Eigentümer außerhalb des Konkurses die rechtliche Möglichkeit einer Enthaftung versagt ist. Braucht der Verwalter sich auch nicht von Amts wegen mit der Ermittelung und Befriedigung von Absonderungsrechten zu befassen, so hat er doch die Pflicht, ihm gegenüber geltend gemachte Absonderungsrechte zu berücksichtigen und der Masse nur den Übererlös zuzuführen. Schuldhafte Verstöße können die Masse (§ 59 Nr. 1, 3), aber auch den Verwalter persönlich (§ 82) haftbar machen. Nicht selten empfiehlt es sich,

wendungsfall des früheren Rechts, für die eheliche Gütergemeinschaft, verdrängt jetzt der § 2 die §§ 16, 51. Jedenfalls ist es irrig, zu lehren, der § 16 gewähre den Gemeinschaftsgläubigern an den Gemeinschaftsgegenständen, der § 51 dagegen dem Gemeinschaftsgenossen am Schuldneranteil ein Absonderungsrecht. Denn einmal gehört zu den bei der Auseinandersetzung vorab zu deckenden Passiven auch die Forderung des Genossen, zudem aber erkennt der § 16 dritten Gemeinschaftsgläubigern ein Recht auf Vorausbefriedigung überhaupt nicht zu.

[1]) Namentlich sind die §§ 12, 14, 63 Nr. 1, 138ff., 149ff., 193 auf Absonderungsgläubiger als solche unanwendbar.

[2]) Das Konkursgericht hat sie nicht selber zu schlichten. Die §§ 145, 146 gelten für Absonderungsrechte als solche nicht. Vermerke in der Konkurstabelle über die Anerkennung von Absonderungsrechten durch den Verwalter sind üblich und sachdienlich; doch bleibt der Anerkennung die Rechtskraftwirkung der Tabelleinträge versagt. Vgl. §§ 133 Nr. 2, 136.

[3]) Gibt der Verwalter einen Gewerbebetrieb, für dessen Zwecke das hypothekbelastete Grundstück eingerichtet ist, endgültig auf, dann erlischt mit der im § 97 BGB. vorausgesetzten Zweckbestimmung der Hauptsache die Zubehöreigenschaft der Einrichtungsstücke und eben damit, soweit diese dem Hypothekengläubiger nicht schon durch förmliche Beschlagnahme verstrickt waren, auch ihre hypothekarische Mithaftung (sie endet also nicht etwa erst auf dem Wege der §§ 1121 f. BGB.). Nimmt nun der Konkursverwalter die im Interesse der Konkursmasse gebotene Veräußerung der früheren Einrichtungsstücke vor, dann hat der Hypothekengläubiger keinen Anspruch auf den Erlös. Das Gegenteil ist in der Praxis (RG. Bd. 69, S. 85 u. ö.) mit der Begründung behauptet worden, die Veräußerung durch den Verwalter stehe einer Pfändung im Sinne des § 865 II 1 ZPO. gleich, was unzutreffend ist und selbst im Falle des Zutreffens nach dem Erlöschen der Zubehöreigenschaft ohne Belang sein würde. Wirkte die Veräußerung des Konkursverwalters in der Tat wie eine Pfändung, dann könnte er nicht einmal auf dem Wege der §§ 1121 f. BGB. im Rahmen ordnungsmäßiger Grundstückswirtschaft Zubehörstücke in Ausübung der Rechte des Gemeinschuldner-Eigentümers veräußern. Solches Zubehör freizugeben und damit der Verfügungsmacht des Gemeinschuldners zu unterstellen, der es dann für eigene Rechnung enthaften könnte, wäre aber der Verwalter unleugbar nicht gehindert. Im übrigen siehe LZ. 1911 Sp. 1ff.

durch Einlösung von Pfandstücken (§§ 133 Nr. 2, 136) oder sonstige Übereinkunft mit Absonderungsgläubigern, den Vorteil der Masse wahrzunehmen[1]. Die Rechte der Absonderungsgläubiger auszuüben, liegt aber nicht im Rahmen der gesetzlichen Vertretungsmacht des Konkursverwalters (§ 6). Darum darf er dem Dritten, der die Aussonderung (§ 43) ihm vor dem Konkurs übereigneter, aber nicht vom Grundstück entfernter Zubehörsachen beansprucht, die Herausgabe nicht deshalb verweigern, weil diese Sachen nach § 1121 BGB. absonderungsberechtigten Grundpfandgläubigern noch verhaftet sind[2].

2. Da der Konkursverwalter ganz allgemein die Aufgabe hat, die zur Masse gehörenden Gegenstände zwecks Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwerten (§§ 3, 6, 117), ist es auch seines Amtes, Massegegenstände, an denen Absonderungsrechte bestehen, zu Geld zu machen. Nur liegt es außerhalb dieser Aufgabe, Gegenstände zu verwalten und zu verwerten, die wegen unanfechtbarer Überlastung einen den Konkursgläubigern zugute kommenden Überschuß nicht abwerfen. Ihrer entledigt sich der Verwalter nach pflichtmäßigem Ermessen durch Freigabe[3]. Für die Verwertung von Absonderungsgegenständen durch den Konkursverwalter gelten aber wichtige Besonderheiten. Während nach der gemeinrechtlichen Praxis das Konkursgericht die Masse im Wege öffentlicher Versteigerung veräußerte, hat sie heutzutage der Verwalter nach seiner Wahl im Wege der freiwilligen[4] Veräußerung oder in dem der Zwangsverwertung zu versilbern. Eine Verwertung in den Formen der Zwangsvollstreckung zu betreiben, ist der Verwalter bei Gegenständen der Liegenschaftsvollstreckung[5] schlechthin (§ 126), im übrigen dann ermächtigt, wenn aus den Gegenständen abgesonderte Befriedigung beansprucht wird (§ 127). Die freiwillige Veräußerung ist minder umständlich und kostspielig und pflegt höhere Erlöse zu erzielen als die vollstreckungsmäßige. Namentlich ermöglicht es der Freihandverkauf, die flüchtige Gunst des Augenblicks zu nutzen. Im Wege freiwilliger Verwertung kann aber der Konkursverwalter belastete Gegenstände nur mit ihren Lasten übertragen. Auch haftet die Masse aus seinen Verkäufen nach gesetzlicher Regel wegen eines Mangels im Rechte und wegen eines Mangels der Sache (§ 59 Nr. 1)[6]. Andrerseits bietet die Zwangsverwertung namentlich bei belasteten Gegenständen den Vorteil, daß sie dem Verwalter lästige Verhandlungen mit Absonderungsprätendenten erspart, die Mängelgewährpflicht der Masse ausschaltet[7] und in weitem Umfange zur Lastenbereinigung führt[8]. Für die Betreibung der Zwangsverwertung von Gegenständen des unbeweglichen Vermögens durch den Konkursverwalter gelten mit wenigen Abweichungen die regelmäßigen Vorschriften der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Soweit die Zwangs-

---

[1] Siehe z. B. RG. Bd. 35, S. 118.

[2] Freilich liegt es in dem vom Verwalter zu wahrenden Interesse der Konkursgläubiger, daß der an der Konkursmasse heimgehende Ausfall der Absonderungsberechtigten so gering als möglich werde (§ 64); aber dieses Interesse allein gibt ihm nicht die Macht, massefremde Sachen für fremde Rechnung zu verwerten oder auch nur zurückzuhalten. RG. Bd. 99, S. 210.

[3] Siehe oben S. 67f.

[4] Sei es in öffentlicher Versteigerung (z. B. durch einen damit vom Verwalter betrauten Notar) oder freihändig. Das gilt auch für Grundstücke (vgl. §§ 134 Nr. 1, 135, 136). Siehe oben S. 65.

[5] Im Sinne der §§ 864, 865 ZPO. Dahin gehören auch im Schiffsregister eingetragene Schiffe. Bei ihnen kommt nur die Zwangsversteigerung, bei Grundstücken (und diesen gleichbehandelten Rechten) auch die Zwangsverwaltung als vollstreckungsmäßige Verwertungsform in Betracht (§ 870 II ZPO.).

[6] Siehe die §§ 434ff., 459ff. BGB.

[7] § 56 Satz 3 ZVG., § 806 ZPO. (vgl. §§ 461, 935 II, 1244 BGB.).

[8] Siehe namentlich die §§ 44, 52, 59, 91, 169 ZVG., § 127 I 2 KO., § 805 ZPO., §§ 1181, 1242 BGB. Die Zwangsverwertung von Grundstücken kann (abgesehen von einer Vermeidung der Gewährpflicht) auch dann, wenn Absonderungsansprüche nicht erhoben werden, namentlich mit Rücksicht auf den § 37 Nr. 4, 5 ZVG. von Vorteil sein.

verwertung Belastungen tilgt, setzen diese sich um in Vorzugsrechte auf den Erlös (§ 127 I 2 KO., § 92 ZVG., § 805 ZPO.).

3. Durch die Verwertungsbefugnis des Konkursverwalters wird eine solche des Absonderungsgläubigers nicht ausgeschlossen. Ob aber dem Absonderungsgläubiger eine eigene Verwertungsbefugnis zusteht und in welcher Weise er seine Befriedigung suchen kann, das bestimmen die außerhalb des Konkurses maßgebenden Vorschriften (§ 4 II). Keine eigene Verwertungsbefugnis hat im Regelfalle, wer wegen nützlicher Verwendung auf eine bewegliche Sache der Masse nach § 49 I Nr. 3 absonderungsberechtigt ist[1]). Er darf daher dem Konkursverwalter gegenüber die Sache nicht zurückhalten, sondern lediglich Vorzugsbefriedigung aus ihrem Erlöse verlangen, wenn der Verwalter sie verwertet (§§ 117, 127 I 2). Meist sind Absonderungsrechte Verwertungsrechte. Bei solchen ist weiter zu unterscheiden:

a) Darf der Gläubiger sich ohne gerichtliches Verfahren aus dem Absonderungsgegenstande befriedigen, was besonders beim Pfandrecht an beweglichen Sachen oder schlichten Forderungen und beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte zutrifft[2]), so bleibt es dabei auch im Konkurse. Nur kann dem Gläubiger auf Antrag des Verwalters vom Konkursgericht eine Verwertungsfrist gesetzt werden. Erst nach deren Ablauf ist der Konkursverwalter berechtigt, die Verwertung selbst zu betreiben. § 127 II. Der Zweck dieser Regelung geht dahin, einer Verschleppung der Pfandverwertung durch den Absonderungsgläubiger vorzubeugen[3]). Nach fruchtlosem Fristablaufe kann der Verwalter die Verwertung nicht nur im Wege freiwilliger Veräußerung selber vollziehen, sondern auch in Verwertungsarten „betreiben" (d. h. vornehmen lassen), die dem Belasteten selbst außerhalb des Konkurses nicht offen stehen, nämlich im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Pfandverkaufs[4]).

---

[1]) Im Ausnahmefall des § 1003 I 2 BGB. hat der Verwendungsgläubiger nach fruchtlosem Fristverlauf das Recht, sich selber aus der zurückbehaltenen Sache zu befriedigen, und zwar ohne gerichtliche Mitwirkung oder Ermächtigung im Wege pfandmäßiger Verwertung (§ 1228ff. BGB.). Hier gilt also der § 127 II KO. Genehmigt der Verwalter innerhalb der Frist die Verwendungen, dann hat der Verwendungsgläubiger in Höhe des noch vorhandenen Vorteils das Absonderungsrecht des § 49 I Nr. 3, muß aber die Sache dem Verwalter zur Verwertung ausantworten. Alsdann greift wieder unmittelbar der § 127 I Platz. Eine dingliche Haftung besteht in keinem dieser Fälle (RG. Bd. 71, S. 427).

[2]) §§ 1228, 1233ff., 1257, 1282, 1293, 1295 BGB.; §§ 368, 371 II HGB. Wegen der eingetragenen Schiffe siehe den folgenden Text Seite 85 unter b).

[3]) Daß der Gläubiger in einem für die Masse ungünstigen frühen Zeitpunkte verwertet, vermag der Verwalter nur durch rechtzeitige Pfandeinlösung oder durch ein gütliches Übereinkommen mit dem Gläubiger zu verhindern. Dieser kann durchaus selbständig vorgehen, sobald die Pfandreife eingetreten ist.

[4]) Sowohl im Falle des Abs. I als im Falle des Abs. II des § 127 bleibt die freiwillige Veräußerung dem Verwalter unbenommen. Er hat nach pflichtmäßigem Ermessen den Weg einzuschlagen, den er vom Standpunkt der Masse aus für den vorteilhaftesten hält. Die Vollstreckungsformen kommen nur für „die Verwertung" in Frage. Eine Pfändung hat nicht vorauszugehen. So wenigstens die Ansicht des RG. (Bd. 58, S. 12; Bd. 62, S. 232), die freilich nicht widerspruchsfrei ist und manchem Zweifel Raum läßt. Gibt der Absonderungsberechtigte eine ihm haftende Sache freiwillig an den Gerichtsvollzieher heraus, dann vollzieht sich die Verwertung nach Maßgabe der §§ 814, 816 II—IV, 817, 819—825 ZPO. Rechte Dritter können dabei auf dem Wege der §§ 771, 805 ZPO. zur Geltung gebracht werden (RG. Bd. 14, S. 1; Bd. 69, S. 92 u. ö.). Widersetzt sich aber der Absonderungsberechtigte der ihm (mittelbar durch den § 127 I 2 zur Pflicht gemachten) Herausgabe, dann muß der Verwalter sie erst im Rechtswege geltend machen. Als Gegengewicht gegenüber dem gesetzlich gestatteten Eingriff in das Verwertungsrecht des Gläubigers erkennt diesem die Praxis einen Anspruch darauf zu, vom Verwalter wie von einem Geschäftsbesorger Auskunft und Rechenschaft zu verlangen (§§ 666, 681 BGB.; RG. Bd. 98, S. 306). Unter demselben Gesichtspunkt ergibt sich, wenn der Verwalter den Erlös, statt daraus vorzugsweise den Absonderungsberechtigten zu befriedigen (§ 127 I 2), mit Massegeldern vermengt hat, ein Masseanspruch desselben aus § 59 Nr. 1 (3) KO. mit §§ 667, 681 BGB. Der Pfandverkauf vollzieht sich nach Maßgabe der §§ 1235—1240 BGB. Eine davon abweichende Verwertungsart mit dem Absonderungsberechtigten zu vereinbaren, steht dem Verwalter auf Grund des § 1245 BGB. frei. Das Recht des Gläubigers auf Vorzugsbefriedigung aus dem Erlöse wird dadurch nicht verkümmert (RG. Bd. 84, S. 70).

b) Darf der Gläubiger seine Befriedigung nur im Wege der Zwangsvollstreckung suchen, wie der Grund- und der Schiffspfandgläubiger[1]), dann hat er auch seine abgesonderte Befriedigung in diesem Verfahren zu betreiben, bedarf also auch im Konkurse der Mitwirkung einer staatlichen Vollstreckungsbehörde. Hatte der Gläubiger den zum Zwecke der Zwangsbefriedigung erforderlichen Titel sich nicht schon vor dem Konkurse verschafft, so muß er ihn nun gegenüber dem Konkursverwalter als dem gesetzlichen Vertreter des Masseträgers erwirken. Das Verbot der Sondervollstreckung (§ 14) steht Absonderungsgläubigern nicht entgegen[2]).

4. Als solcher ist der Absonderungsberechtigte nicht Konkursgläubiger. Die Dinge können auch so liegen, daß der Gemeinschuldner einem Absonderungsberechtigten nicht zugleich persönlich haftet, weil etwa ein Massegegenstand zur Sicherung fremder Schuld (vielleicht einer Verbindlichkeit der Ehefrau) belastet ist. Alsdann steht der Absonderungsberechtigte ganz außerhalb des Konkursverfahrens (§ 4 II). Wenn umgekehrt einem Konkursgläubiger ein dem Gemeinschuldner nicht gehörender Gegenstand pfandweise haftet, weil vielleicht die Ehefrau des Gemeinschuldners für dessen Schuld an einem ihr gehörenden Grundstücke Hypothek bestellt hatte, nimmt der Gläubiger in diesem Konkurs ausschließlich die Stellung eines Konkursgläubigers ein[3]). Meist aber sind Absonderungsberechtigte zugleich Konkursgläubiger. So in dem alltäglichen Falle, daß der Gemeinschuldner für eigene Verbindlichkeiten eigene, nun zur Konkursmasse gehörende Vermögensstücke pfandweise belastet hatte. Für die Befriedigung eines solchen absonderungsberechtigten Konkursgläubigers gelten wichtige Besonderheiten. Zwar darf er seine Forderung zum vollen Betrag anmelden. Soweit er aber nicht etwa auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, wird er bei den Konkursverteilungen nur in Höhe des Ausfalls berücksichtigt, den er bei der abgesonderten Befriedigung erleidet. Die Konkursdividende wird also (vom Verzicht abgesehen) nur für den Ausfallbetrag ausgeworfen. § 64 (Grundsatz der Ausfallhaftung)[4]). Die Ordnung ist zwingend. Sie entspricht einer billigen Rücksichtnahme auf die Lage der Konkursgläubiger im allgemeinen. Diese trifft es schon hart genug, daß der Absonderungsberechtigte für seine volle Forderung Vorwegbefriedigung aus einem Gegenstande der Masse suchen darf. So mag er sich denn zunächst an diesen Gegenstand halten, vielleicht auf Kosten von Nachmännern, die nicht (wie er) ihren Ausfall auf die Konkursmasse abwälzen können, und sich daran genügen lassen, daß ihm gestattet bleibt, zum vollen Ausfallbetrage mit der Allgemeinheit der Konkursgläubiger zu konkurrieren. Es wird ihm also verwehrt, Absonderungsobjekt und Masse nebeneinander in Anspruch zu nehmen, zugleich aber auch, erst aus der Masse und dann aus dem Absonderungsobjekt Befriedigung zu suchen[5]).

---

[1]) Im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt namentlich die Befriedigung des Hypotheken-, Grund- und Rentenschuldgläubigers (§§ 1147, 1192, 1199), aber auch die des Reallastgläubigers (§§ 1107, 1147), des Schiffspfandgläubigers (§§ 1268, 1272 BGB.; siehe auch § 761 HGB., § 103 IV BinnenschG.); desgleichen die Verwirklichung des Pfandrechts an Rechten im Anwendungsbereiche des § 1277 (stark eingeschränkt durch die §§ 1282, 1293, 1295) BGB. Hierher gehört auch die Durchführung von Pfändungen und Liegenschaftsbeschlagnahmen, die schon vor Konkursbeginn zum Erwerbe von Absonderungsrechten geführt hatten (§§ 13, 49 Nr. 2).

[2]) Ob die Vollstreckbarkeit der persönlichen Forderung gegen den Gemeinschuldner, wie sie eine Feststellung zur Konkurstabelle bei allseitiger Unbestrittenheit enthält (§§ 144, 145, 164), die Zwangsbefriedigung aus dem hypothekbelasteten Massegrundstück erschließt, also die Pfandklage gegenüber dem Verwalter erübrigt, ist eine vielumstrittene Frage.

[3]) Ihm gilt die Schranke des § 64 nicht.

[4]) Für Hypotheken und Schiffspfandrechte in ausländischer Währung (Valutapfand) siehe nun den § 10 III 2 VO. vom 13. Februar 1920 (RGBl. S. 231) mit § 2 I Ges. vom 29. März 1923 (RGBl. I, S. 232), für wertbeständige Hypotheken den § 6 III Ges. vom 23. April 1923 (RGBl. I, S. 407).

[5]) Dieselbe Reihenfolge gilt im Falle des Zwangsvergleichs, der Absonderungsrechte als solche nicht berührt (§ 193). Dementsprechend hat der absonderungsberechtigte Konkursgläubiger die Vergleichsquote, da er sie eben bloß als Konkursgläubiger verlangen kann, nur

a) Die Konkursordnung führt den Grundsatz der Ausfallhaftung folgendermaßen durch. Der Anmeldbarkeit zieht der § 64 keine Schranke, sondern lediglich dem Begehren einer Befriedigung aus der Masse[1]). Durch Eintragung in die Konkurstabelle wird daher die vollangemeldete und von keiner Seite bestrittene Forderung in ganzer Höhe, auch für den durch das Absonderungsrecht gedeckten Teil, rechtskräftig festgestellt (§ 145 II)[2]). Für die Abstimmung des absonderungsberechtigten Konkursgläubigers in den Gläubigerversammlungen, auch im Vergleichstermine, und für seine Berücksichtigung bei Abschlagsverteilungen bietet der vermutliche Ausfall eine genügende Grundlage (§§ 96, 153 II). Doch werden die danach berechneten Anteile nicht ausbezahlt, sondern einstweilen zurückbehalten (§ 168 Nr. 3). Bei der Schlußverteilung wird nur der wirkliche Ausfall berücksichtigt (§ 153 I). Wird dieser nicht rechtzeitig nachgewiesen, so werden für die Schlußverteilung auch die früher reservierten Dividenden frei (§ 156)[3]).

Um dem absonderungsberechtigten Konkursgläubiger den rechtzeitigen Ausfallnachweis auch bei einer vom Verwalter selbst betriebenen Zwangsversteigerung zu ermöglichen, trifft der § 174 ZVG. eine besondere Bestimmung. Nach der Regel des § 44 ZVG. müßte das geringste Gebot alle Realrechte decken, weil der Verwalter die Versteigerung nur für Rechnung der Konkursgläubiger im allgemeinen betreibt. Ein alle Lasten deckendes Gebot wird aber selten zu erzielen sein. Darum darf der Absonderungsberechtigte verlangen, daß die Liegenschaft doppelt ausgeboten werde: einmal nach der Regel und einmal so, daß nur seine eigenen Vormänner durch das Gebot gedeckt zu sein brauchen.

b) Verzicht auf abgesonderte Befriedigung kann nach dem Zwecke des § 64 nur eine Rechtsaufopferung sein, die endgültig der Konkursmasse zugute kommt. Mit einem bloßen Verzicht darauf, das Recht im Konkurs auszuüben, etwa die Zwangsversteigerung des hypothekbelasteten Grundstücks zu betreiben, wäre den Konkursgläubigern nicht gedient. Vielmehr muß das Recht, das den Anspruch auf abgesonderte Befriedigung begründet, selber den Gegenstand des Verzichts bilden. Wie es aufzugeben ist und von wann ab die Aufgabe bindet, darüber entscheiden die für das Recht maßgebenden Vorschriften[4]). Formlos ist namentlich

berechnet nach der Höhe des bei der abgesonderten Befriedigung erlittenen Ausfalls zu beanspruchen, einerlei, ob diese Befriedigung vor oder nach dem Zustandekommen des Zwangsvergleichs verwirklicht wird. So auch die Praxis z. B. RG. Bd. 5, S. 394; Bd. 6, S. 66; Bd. 78, S. 75; Bd. 92, S. 184; LZ. 1914 Sp. 697. — Die Regelung des § 64 stellt ein eigenartiges beneficium excussionis realis zugunsten der Konkursmasse dar. Beschränkter für die Einzelvollstreckung der § 777 ZPO.

[1]) Was der § 64 besagen soll, wenn er dem Gläubiger uneingeschränkt gestattet, „die Forderung zur Konkursmasse geltend zu machen", das wird klar durch den Gegensatz „aber nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen". „Geltend machen" heißt also: anmelden und zur Feststellung bringen.

[2]) Nach Maßgabe der §§ 164 II, 194, 206 II wirkt die Feststellung für den ganzen Forderungsbetrag Rechtskraft und Vollstreckbarkeit auch gegenüber dem Schuldner persönlich. Vielleicht entschließt der Gläubiger sich noch, auf die Vorzugsbefriedigung zu verzichten. Überdies aber gilt die Befriedigungsschranke nur, soweit er als „Konkursgläubiger" Zahlung beansprucht. Zweckentsprechend lautet daher der Vermerk in der Konkurstabelle: „festgestellt, als Konkursforderung in Höhe des Ausfalls". Die übliche Wendung „festgestellt in Höhe des Ausfalls" ist ungenau und irreführend.

[3]) Wenn beispielsweise die gesicherte Forderung 1000 beträgt und in voller Höhe (als Konkursforderung für den Ausfall) festgestellt ist, der Gläubiger aber bei der abgesonderten Befriedigung 400 erzielt, sind ihm bei einer Konkursdividende oder Zwangsvergleichsquote von 50% nur 300 (nicht 500) auszuzahlen.

[4]) Beachte z. B. für das Fahrnispfandrecht die §§ 1253 I, 1255 BGB. Ist das Absonderungsrecht eine Hypothek, dann dient dem Zwecke des § 64 jedenfalls ein Verzicht auf diese mit der Folge des Zustandekommens einer zur Masse gehörenden Eigentümergrundschuld (§ 1168 BGB.). Eine rechtsgeschäftliche Aufhebung der Belastung selbst mit der Folge des Aufrückens dritter Nachmänner wäre zweckwidrig und ungenügend. In anderen Fällen kann die Aufhebung zweckdienlich sein, besonders als Tilgung der einzigen Belastung. Dann ist sie mit Zustimmung des Konkursverwalters als Zwangsvertreters des Grundeigentümers statthaft (§ 1183 BGB.) und als Verzicht im Sinne des § 64 wirksam.

die Aufgabe der Rechte am Erlös. Der formlose Verzicht kann auch in schlüssigem Verhalten betätigt werden. Nur für ihn taucht die in der Praxis oft erörterte Frage auf, ob in einer uneingeschränkten Ausübung des Konkursgläubigerrechts, besonders im Mitstimmen für den vollen Forderungsbetrag und in der Empfangnahme der vollen Zwangsvergleichsquote, ein Verzicht im Sinne des § 64 zu erblicken sei. Wie bei anderen bloßen (der Mitteilungsabsicht ermangelnden) Willensbetätigungen ist davon auszugehen, daß die wirkliche Meinung des Handelnden entscheidet, die nach der Lage des einzelnen Falles erforscht werden muß. Unter diesem Gesichtspunkte kann sich ergeben, daß selbst eine vorbehaltlose Abstimmung zum ganzen Forderungsbetrag im Vergleichstermin ohne Verzichtswillen erfolgt, etwa in Fällen, in denen das Absonderungsrecht bestritten oder von zweifelhaftem Erfolg ist. Anders aber, wenn der Gläubiger die Vergleichsquote für den ganzen Forderungsbetrag beansprucht und in Empfang nimmt, also die vergleichsmäßige Vollbefriedigung eines Konkursgläubigers verlangt und erhält. Denn Befriedigung als Konkursgläubiger gebührt ihm nur entweder für den Ausfall oder für den Verzichtsbetrag. Ein drittes gibt es nicht. Anders denn als Vollverzicht kann daher sein Verhalten gar nicht gedeutet werden. Auch eine ausdrückliche Verwahrung würde der zwingenden Regelung des Gesetzes gegenüber nichts fruchten. Ein Irrtum des Gläubigers über die rechtliche Begleitfolge seines Handelns wäre denkbar, bildete aber keinen Anfechtungsgrund[1]). Nach Vollbezug der Rate erscheint daher der Gläubiger um das ihm etwa der Rechtsform nach noch zustehende Deckungsrecht ohne rechtlichen Grund bereichert[2]). Den Verzicht auf einen bestimmten Teilbetrag zu beschränken, steht dem Gläubiger frei.

c) Ersatzloser Wegfall des Absonderungsgegenstandes (z. B. zufälliger Untergang der unversicherten Pfandsache) ist weder Ausfall noch Verzicht, wirkt aber für die Anwendung des § 64 ganz ebenso, da nun feststeht, daß der Gläubiger fortab nur noch Konkursgläubiger und darum durch den Grundsatz der Ausfallhaftung nicht weiter beschränkt ist[3]).

d) Der Grundsatz der Ausfallhaftung gilt auch in solchen Fällen, in denen ein Konkursgläubiger durch Vollübertragung jetzt zur Masse gehörender Gegenstände als Treuhänder gesichert ist (Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung). Denn auch hier trifft der Schutzzweck des § 64 zu[4]). Dagegen muß die umgekehrte, dem § 68 entsprechende Behandlungsweise, also eine Doppelberücksichtigung, stattfinden, wenn die Vorzugsdeckung nicht zu Lasten der Konkursmasse, sondern zu Lasten von Vermögensstücken dritter Personen besteht. Denn alsdann versagt der Schutzzweck des § 64[5]).

---

[1]) Gegen die Anfechtbarkeit siehe RG. Bd. 88, S. 284. — Unsere Fragen hat schon das ROHG. (Bd. 24, S. 219) und nach ihm häufig, aber sehr schwankend das RG. behandelt. Dieses trifft den springenden Punkt in SeuffA. 50 Nr. 299, indem es betont, daß bei Erhebung der Vollquote dem Verzichtswillen keine ausschlaggebende Bedeutung zukomme. Siehe auch RG. Bd. 77, S. 403; LZ. 1914 Sp. 493.

[2]) § 812 I 2 Halbs. 2; vgl. § 1169 BGB. [3]) Siehe LZ. 1917 Sp. 522f.

[4]) Der 31. D.J.T. (Bd. 3, S. 188, 258) hatte empfohlen, dies ausdrücklich auszusprechen. Dem folgt die neue österr. KO. von 1914 § 10 III. Unsere Rechtsprechung hatte schon vorher den richtigen Weg gefunden (RG. Bd. 24, S. 45; LZ. 1910 Sp. 158, nun auch Bd. 91, S. 14 für die Übereignung von Grundstücken zu bloßem Sicherungszwecke).

[5]) Hatte die Ehefrau des Schuldners für eine Darlehnsverbindlichkeit desselben an einem ihr gehörenden Grundstück Hypothek bestellt und sich zugleich persönlich neben dem Mann verpflichtet, dann findet der § 68 zweifellos und unmittelbar Anwendung. Entsprechend greift er Platz, wenn die Frau nur Hypothek bestellt, sich also selber nicht mitverpflichtet hat. Denn eine Beschränkung der Gläubigerrechte, wie sie der § 64 vorsieht, rechtfertigt sich auch im zweiten Falle durch keine sachliche Erwägung. Beidemal hat daher der Gläubiger für den ganzen, bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes noch ungetilgten Schuldbetrag ungeachtet einer im Laufe dieses Verfahrens aus dem Vermögen der Frau erzielten Teilbefriedigung die Konkursdividende und ebenso die Zwangsvergleichsquote zu beanspruchen, bis er voll befriedigt ist. Siehe LZ. 1919 Sp. 1055 (in Berichtigung von KO.[5] § 64 Anm. 3).

e) Eine wesentliche Erweiterung erfährt der Anwendungsbereich des Ausfallgrundsatzes durch eine Reihe ausdrücklicher Vorschriften. Das Gesetz beschränkt nämlich die konkursmäßige Berücksichtigung entsprechend auf den Ausfall oder auf den Verzichtbetrag:

α) beim Zusammentreffen des Gesellschafts- und des Privatkonkurses für die Haftung der Privatkonkursmasse wegen der Gesellschaftsschulden einer offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder Kommanditaktiengesellschaft (§ 212);

β) beim Zusammentreffen des Eigenkonkurses eines Erben und des Nachlaßkonkurses für die Haftung der Eigenkonkursmasse wegen solcher Nachlaßverbindlichkeiten, für die der Erbe endgültig unbeschränkt einzustehen hat (§ 234; siehe auch § 236);

γ) im Konkurse von Hypothekenbanken, von Lebensversicherungsanstalten und von Einkaufskommissionären für die Haftung der allgemeinen Masse wegen der durch Sondervorrecht gedeckten Ansprüche der Pfandbriefgläubiger, der Versicherten und der Kommittenten (§ 35 HypBankG., § 61 VAG., § 7a DepG.)[1].

§ 16.

4. Die Aufrechnung.

I. Die Regelung im allgemeinen. 1. Wer zugleich Gläubiger und Schuldner eines anderen ist, hat bei gegenständlicher Gleichartigkeit beider Forderungen von Gesetzes wegen die einseitige Befugnis, aufzurechnen, sobald er die Leistung des Gegners fordern und die seine bewirken darf (§ 387 BGB.)[2]. Auf diese Weise verwendet der Aufrechnende die Gegenforderung zur Erfüllung seiner eigenen. Das ist für ihn um so vorteilhafter, je weniger Aussicht auf den vollen Eingang der Barzahlung des Gegners besteht. Die Macht des Aufrechnungsberechtigten, sich durch Verfügung über die Forderung des Gegners zu befriedigen, ähnelt einem in pfandmäßiger Verstrickung dieser Forderung begründeten Verwertungsrechte. So besteht eine unverkennbare Parallele zwischen der Konkursaufrechnung und der abgesonderten Befriedigung aus der zur Masse gehörenden Forderung. Es wäre eine nicht zu rechtfertigende Härte, dem Gläubiger die in der Aufrechenbarkeit liegende Deckung gerade dann zu entziehen, wenn er ihrer besonders dringend benötigt, nämlich im Konkurse des Schuldners, also dem Gläubiger zuzumuten, daß er seine Schuld voll zur Konkursmasse einzahle und sich für seine Forderung mit der Konkurs- oder Vergleichsdividende abfinden lasse. Darum geht das Gesetz in seinen unmittelbar auf den Absonderungstitel folgenden und mit ihm in innerem Zusammenhange stehenden Aufrechnungsvorschriften davon aus, daß aufrechnungsbefugte Konkursgläubiger nicht — wie andere (§ 12) — genötigt sein sollen, ihre Forderungen im Konkurs anzumelden[3]. Zugleich aber erkennt es

---

[1]) Oben Seite 48ff.

[2]) Die eigene zu bewirken, ist er im Zweifel schon berechtigt, ehe seine Schuld fällig wird (§ 271 II BGB.).

[3]) Daß sie sich vielmehr (soweit die Aufrechenbarkeit besteht) außerhalb des Konkursverfahrens wie Absonderungsgläubiger (§ 4 II) vorzugsweise aus den zur Masse gehörenden Gegenforderungen des Gemeinschuldners Deckung verschaffen dürfen. Das ist der nächstliegende Sinn des § 53. Dabei fährt der aufrechnungsberechtigte Konkursgläubiger noch besser als der absonderungsberechtigte, da nur dieser, nicht auch jener durch den Grundsatz der Ausfallhaftung (§ 64 mit §§ 96, 153, 155f., 168 Nr. 3) beschränkt wird. Der aufrechnungsberechtigte Konkursgläubiger braucht sich also nicht in erster Linie an die Sonderdeckung zu halten. Er darf vielmehr zunächst die konkursmäßige Befriedigung für die ganze angemeldete und festgestellte Konkursforderung beziehen und dann seine Restforderung durch Aufrechnung tilgen. Die vorbehaltlose Konkursbeteiligung bedeutet also keineswegs notwendig einen Verzicht auf die Aufrechenbarkeit. Wenn er z. B. 100000 zu fordern und 80000 zu zahlen hat, steht es ihm frei,

an, daß ein aufrechnungsberechtigter Konkursgläubiger keine Gefahr läuft, wenn er dem Konkurse fernbleibend sich bei der in der Aufrechenbarkeit liegenden Deckung beruhigt. Daraus folgt namentlich, daß er von den Rechtsminderungen eines Zwangsvergleiches, dem Erlasse wie der Stundung, auch dann verschont bleibt, wenn er die ihm gestattete Aufrechnung nicht schon vor dem Zustandekommen des Zwangsvergleichs ausgeübt hatte[1]).

2. Die Aufrechenbarkeit des bürgerlichen Rechts wird mit Rücksicht auf den Konkurszweck durch einige Sondervorschriften erweitert (§ 54), durch andere erheblich beschränkt (§ 55). Die Abweichungen gelten aber nur für den Konkurs (also auch nur während seiner Dauer) und nur für die Aufrechnung durch einen Konkursgläubiger (nicht für die Aufrechnung durch den Konkursverwalter oder durch den Gemeinschuldner persönlich, nicht für die Aufrechnung zwischen Nichtkonkursforderungen und konkursfreien[2]) Gegenforderungen, nicht für diejenige zwischen Masseansprüchen und Gegenforderungen der Masse). Die Aufrechnung mit massezugehörigen Forderungen und gegenüber solchen kann gerichtlich wie außergerichtlich nur vom Konkursverwalter und ihm gegenüber vollzogen werden (§ 6). Sie ist auch insoweit eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 388 BGB.) und bewirkt, daß beide Forderungen, soweit sie einander decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in dem sie sich aufrechenbar gegenüber traten (§ 389 BGB.). Die Aufrechnungsverbote des sonstigen Rechts (z. B. §§ 393ff. BGB.) gelten auch im Konkurse. Namentlich die gesellschaftsrechtlichen gewinnen hier Bedeutung, wenn der Verwalter im Konkurse des Verbandes rückständige Einlagen und Beiträge der Mitglieder einzieht (vgl. §§ 221, 320 III HGB., § 19 II GmbHG., § 22 III GenG., §§ 26, 53, 85 II VAG.)[3]).

---

entweder alsbald aufzurechnen und für die überschießenden 20000 die Konkursdividende zu beziehen oder diese zunächst für 100000 zu erheben und danach erst aufzurechnen. Beträgt die Dividende 20%, dann wird der Gläubiger ersternfalls im ganzen für den Betrag von 84000, letzternfalls dagegen im ganzen für 100000, also voll gedeckt. Sobald freilich der Konkursverwalter die Gegenforderung der Masse einziehen oder mit ihr aufrechnen darf, kann er auch jener Wahl des Gläubigers ein Ziel setzen. In der Mehrzahl der Fälle werden die Dinge so liegen. Wenn aber die Gegenforderung des Gemeinschuldners noch nicht fällig ist, kann der Konkursverwalter sie auch noch nicht einziehen oder zur Aufrechnung bringen. Denn ihm selber hilft weder der § 54 I noch der § 65 I. Hier gewinnt die Unanwendbarkeit des Grundsatzes der Ausfallhaftung besonderen Wert für den Gläubiger. Ihm die Vorteile der Betagtheit oder Bedingtheit seiner Schuld zu entziehen, bestand kein ausreichender Grund.

[1]) Das ist die tieferliegende und wesentlichere, nun auch in der Rechtsprechung des RG. (z. B. Bd. 80, S. 407) anerkannte Bedeutung des § 53. Mit der Möglichkeit eines Vergleichsabschlusses ist im allgemeinen zu rechnen. Das Gesetz behandelt den Zwangsvergleich als einen normalen Konkurslösungsgrund und begünstigt sogar sein Zustandekommen [siehe unten S. 138]. Wäre aber der aufrechnungsbefugte Konkursgläubiger, um die Nachteile eines Zwangsvergleichs abzuwenden, genötigt, anzumelden und gegen den Vergleichsvorschlag zu stimmen, dann würde eben nicht zutreffen, was der § 53 sagt, daß er seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen „brauche". Das Ergebnis wird durch den Zusammenhang zwischen Aufrechnungs- und Absonderungsdeckung bestätigt. Der § 193 Satz 2 ist also entsprechend verwertbar, keineswegs zum Gegenschlusse geeignet. Endlich spricht auch die Billigkeit für diesen Standpunkt. Wenn ein nichtbevorrechteter Konkursgläubiger 100000 zu fordern und 50000 zu zahlen, aber vor dem rasch gelingenden Vergleichsabschlusse keinen Anlaß zur Aufrechnung hat, würde er nach der Gegenmeinung bei einer Vergleichsquote von 20% dem Schuldner noch 30000 herauszahlen müssen. So gelangte man zu dem völlig sinnlosen Ergebnisse, daß die in der Aufrechenbarkeit ruhende Sonderdeckung zu Lasten der Konkursmasse selbst aufrecht erhalten, aber zugunsten des Schuldners nach dem Konkurse beseitigt würde.

[2]) Ob die §§ 54, 55 für die Aufrechnung zwischen unanmeldbaren Forderungen und massezugehörigen Gegenforderungen gelten, ist bestritten und bleibt hier unerörtert.

[3]) Im Konkurse des Vermieters sind der Aufrechnung gegen massezugehörige Zinsansprüche im § 21 II dieselben zeitlichen Schranken gezogen wie der Zinseinziehung im voraus. Siehe oben S. 25. Wer eine nach deutschem Recht im Konkurse (besonders nach § 55) nicht aufrechenbare Forderung durch Zession an einen im Auslande wohnenden Schuldner der Masse zu ihrem Schaden aufrechenbar gemacht hat, wird ihr nach Maßgabe der §§ 56, 50 ersatzpflichtig. Darüber oben Seite 76 Note 3.

3. Nicht selten erweisen Rechtsgeschäfte, aus denen im Konkurse zur Aufrechnung gebrachte Forderungen entstammen, sich als anfechtbar im Sinne der §§ 29ff. Auch die vertragsmäßige Schaffung einer nicht schon von Gesetzes wegen begründeten Aufrechenbarkeit und der vertragsmäßige Aufrechnungsvollzug können solcher Anfechtung unterliegen. Die Wirksamkeit von Vereinbarungen, durch die der nachmalige Gemeinschuldner einzelnen Gläubigern eine dem § 55 widerstreitende Aufrechnungsbefugnis zugestanden hat, scheitert bereits an der zwingenden Kraft dieser Vorschriften[1]).

II. **Erweitert** wird die Aufrechenbarkeit zugunsten eines Konkursgläubigers[2]), damit sich die schwebenden Schuldverhältnisse möglichst vollständig und einfach abwickeln lassen.

1. Nach § 387 BGB. muß die Forderung des Aufrechnenden fällig, seine Schuld wenigstens erfüllbar sein[3]). Der Konkursaufrechnung sollen dagegen nach § 54 I Betagtheit oder Bedingtheit auf keiner Seite im Wege stehen. Dabei gilt folgendes:

a) Eine betagte unverzinsliche Forderung gegen den Gemeinschuldner wird, wenn der Gläubiger aufrechnet, um den Zwischenzins gekürzt (§ 54 II mit § 65)[4]).

b) Ist die Forderung gegen den Gemeinschuldner aufschiebend bedingt, dann darf der Gläubiger die Aufrechnung zwar nicht sofort, sondern erst „bei dem Eintritte der Bedingung" vollziehen. Ist also seine Schuld an die Masse schon fällig, dann muß er auf Verlangen des Verwalters zahlen, aber nur unter Vorbehalt der Aufrechnung für den Fall des Eintritts der Bedingung und nur Zug um Zug gegen Sicherstellung ihres künftigen Vollzugs (also der Rückgewähr des vollen, durch die Aufrechenbarkeit gedeckten Betrags, nicht nur der Dividende darauf). § 54 I, III[5]).

c) Auflösende Bedingtheit der einen oder anderen Forderung bildet schon nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht kein Hindernis des unbedingten Aufrechnungsvollzuges. Konkursrechtliche Sondervorschriften (namentlich für den Fall des Eintritts der Bedingung) bestehen nicht.

2. Nach § 387 BGB. müssen die wechselseitig geschuldeten Leistungen ihrem Gegenstande nach gleichartig sein. Von diesem Erfordernisse wird, was den Anspruch gegen den Gemeinschuldner betrifft, insoweit abgesehen, als das nicht auf eine Geldsumme lautende Recht des Gläubigers nach Maßgabe der §§ 69, 70 zum Zwecke der Aufrechnung in Geld zu berechnen ist (§ 54 I, IV). Damit wird die Aufrechenbarkeit zwischen diesem Gläubigerrecht (z. B. einem Leibrentenrecht, einem Anspruch auf Übereignung oder Rückübereignung bestimmter Sachen) und einer Geldforderung der Masse hergestellt. Geht die Forderung des Gläubigers, nicht aber die Gegenforderung auf Geld, dann fehlt es auch im Konkurs an einer gesetzlichen

[1]) Die Schranken des § 55 sind deshalb zwingend, weil sie den Schutz der Allgemeinheit der Konkursgläubiger bezwecken. Darüber oben S. 2 Note 1. Nach dem Konkursverfahren aber und bei Unmöglichkeit des Konkurses wegen Massemangels gelten sie nicht [siehe den Text unter 2].

[2]) Dem Konkursverwalter räumt der § 54 eine erweiterte Aufrechnungsmacht nicht ein. Auch der Konkursgläubiger kann sich nur während des Konkurses, nicht mehr nach dessen Beendigung auf den § 54 berufen. Siehe oben I 2.

[3]) Siehe oben S. 88, Note 2.

[4]) Die Maßgeblichkeit des § 65 versteht sich, auch was die Forderung gegen den Gemeinschuldner betrifft, keineswegs von selbst, weil die Aufrechnung ja außerhalb des Konkurses erfolgt. Für die Forderung des Gemeinschuldners gilt der § 65 nicht einmal innerhalb des Konkursverfahrens. Ist auch sie oder nur sie betagt, dann steht dem Gläubiger ebenfalls die alsbaldige Aufrechnung frei. Vollzieht er diese, dann kommt seine eigene betagte Schuld auch bei völliger Unverzinslichkeit ganz, also ohne Zwischenzinsabzug, in Ansatz. Er darf ja getrost zuwarten.

[5]) Ist die Forderung des Gemeinschuldners (also die Schuld des Gläubigers) aufschiebend bedingt, dann kann der Gläubiger seine eigene (anmeldbare) Forderung im Konkurse verfolgen und die Aufrechnung bis zum Bedingungseintritt aufschieben. Er kann aber auch sofort aufrechnen, freilich nur unter ersatzloser Preisgabe der Aussicht auf das Versagen der Bedingung (also ohne Rückgewähranspruch beim Ausfalle). Den rechtsgeschäftlich bedingten stehen — wie überall im Bereiche der KO. — gesetzlich bedingte Forderungen gleich. Siehe oben S. 37.

Aufrechenbarkeit. Durch unanfechtbare Vereinbarung vor dem Konkurse freilich könnte die Aufrechenbarkeit auch mit Wirkung für den Konkurs hergestellt sein[1]).

III. **Eingeschränkt** wird die Aufrechnungsbefugnis des Einzelgläubigers durch die Vorschriften des § 55. Sie verschärfen das Gegenseitigkeitserfordernis des § 387 BGB. in zeitlicher Hinsicht. Danach genügt es nicht, daß die aufzurechnenden Ansprüche einander bei Abgabe der Aufrechnungserklärung gegenüber stehen. Vielmehr muß die Gegenseitigkeit, wenn der Gläubiger mit Erfolg gegenüber der Konkursmasse aufrechnen will, schon im Zeitpunkte der Konkurseröffnung (§ 55 Nr. 1, 2), ja sogar schon zu der Zeit bestanden haben, in der eines der Anzeichen des Zusammenbruchs (die Zahlungseinstellung oder der Konkursantrag) dem Gläubiger bekannt geworden ist (§ 55 Nr. 3)[2]). Die letzte dieser Schranken fällt jedoch, wenn der Gläubiger, noch ehe ihm die Krise bekannt wurde, sich zur Übernahme der Forderung verpflichtet hatte (§ 55 Nr. 3 II)[3]).

Die Regelung geht nach Zweck und Inhalt Hand in Hand mit den Sätzen, die den Erwerb der Absonderungsrechte begrenzen. Nicht weil das Konkursaufrechnungsrecht ein Absonderungsrecht wäre, aber weil es eine ihm ebenbürtige, ja überlegene Sonderdeckung bietet, müssen seinem Erwerb entsprechende Schranken gezogen werden. Vom Zeitpunkte der Konkurseröffnung ab schiebt der § 15 der Begründung von Absonderungsrechten einen Riegel vor, um die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger zu gewährleisten und die Befriedigungsmasse bei Bestand zu erhalten. Denselben Zweck verfolgen die entsprechenden Zeitschranken des § 55 Nr. 1, 2. Und wie der § 30 den Grundsatz der Gleichbehandlung zurückerstreckt auf die Zeit des Erkennbarwerdens der Krise, so wehrt der § 55 Nr. 3 von da ab einem durch freiwilligen Forderungserwerb zum Schaden der Masse vermittelten Erwerbe der Aufrechenbarkeit[4]).

§ 17.

5. Die Massegläubiger.

I. Begriff. Massegläubiger sind diejenigen Gläubiger, die aus der reinen Masse, wie sie nach der Ausscheidung fremden Vermögens und nach dem Vollzuge der Absonderung und Aufrechnung übrig bleibt, vorweg, d. h. vor allen (auch den bevorrechteten) Konkursgläubigern und unabhängig vom Verteilungsverfahren des Konkurses zu befriedigen sind (§ 57). Sie bilden eine selbständige Klasse persönlicher Gläubiger und haben vom Verwalter die Bewirkung der ihnen geschuldeten Leistung selbst (Erfüllung in Natur), nicht an deren Statt Geldbefriedigung zu beanspruchen. Gehen ihre Forderungen — „die Masseansprüche" (§§ 133 Nr. 2, 172, 191) — also z. B.

---

[1]) Das Gleichartigkeitserfordernis des § 387 BGB. beruht nicht auf zwingendem Rechtssatze. Siehe dazu oben I 3.

[2]) Die Gefahr, die sonst der Konkursmasse drohte, mag ein einfaches Beispiel veranschaulichen. G hat von S 100000 zu fordern; D schuldet dem S 100000. Könnte nun G durch Zession seiner Forderung an D die Aufrechenbarkeit noch schaffen, nachdem S in Konkurs geraten ist oder auch nur seine Zahlungen eingestellt hat, so wäre einem unsauberen Handel zwischen G und D auf Kosten der Allgemeinheit der Konkursgläubiger Tür und Tor geöffnet. Hätte etwa G, wenn D seine Schuld zur Masse einzahlte, als Konkursgläubiger 5% zu gewärtigen, dann würde er sowohl wie D ein glänzendes Geschäft machen, falls D als Entgelt für die Zession, die es ihm ermöglichte, durch Aufrechnung seine ganze Schuld an die Masse zu tilgen, 50000 an G bezahlte.

[3]) Etwa in einem früher abgegebenen Kreditversprechen. Hier liegt im Erwerbe der Forderung keine unlautere Schiebung. Daher die Rückkehr zur Regel der Aufrechenbarkeit. Wer als Wechselgarant, Bürge oder Gesamtschuldner durch Einlösungszahlung eine Forderung erwirbt, fällt überhaupt nicht unter das Aufrechnungsverbot des § 55 Nr. 3, wenn er sich zur Zahlung schon vor der Krise oder doch ohne Kenntnis von ihr verpflichtet hatte, mag er sie auch zur Zeit der Zahlung gekannt haben.

[4]) In diesem Schutzzwecke des § 55 beruht seine zwingende Kraft. Siehe oben I 3.

auf Verschaffung gekaufter Einzelsachen (§§ 17, 59 Nr. 1), dann hat ihnen der Verwalter diese Sachen selbst zu übergeben und zu übereignen[1]). Den Grundstock der Masseansprüche bilden Forderungen aus Geschäften des Konkursverwalters und Aufwendungen zum Zwecke der Durchführung des Konkurses, also zum gemeinsamen Wohle der Konkursgläubiger. So rechtfertigt sich die Begünstigung. Ohne sie würde der Konkurs regelmäßig undurchführbar, niemand zur Übernahme des Verwalteramtes, niemand zur Gewährung eines Kredits an die Masse bereit sein.

II. Arten. 1. Das Gesetz unterscheidet Masseschulden (§§ 27f., 59, 224) und Massekosten (§ 58), die es einzeln und erschöpfend aufführt. Der Unterschied gewinnt Bedeutung, wenn die Masse nicht einmal ausreicht, alle Masseansprüche zu decken. Dann gehen die Masseschulden nach § 60 den Massekosten vor[2]).

2. Die Massekosten begreifen in der Hauptsache den aus der Eröffnung und Durchführung des Konkurses erwachsenden Kostenaufwand. Dahin gehören nach § 58:

a) Die Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen) für das gemeinschaftliche[3]) Verfahren (§§ 40ff., 71ff. GKG., §§ 53ff. RAGO.).

b) Die Kosten der Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse, z. B. Vergütung und Auslagen des Verwalters und der Mitglieder eines Gläubigerausschusses, Grundsteuern, Gewerbesteuern für einen vom Verwalter fortgesetzten Betrieb, Beiträge für Arbeiter- und Angestelltenversicherung oder für die staatliche Zwangsversicherung, besonders von Gebäuden[4]).

c) Die Aufwandsbeihilfe, die dem Schuldner und seiner Familie zur Bestreitung der Lebensnotdurft bewilligt wird[5]).

3. Die Masseschulden entstehen vornehmlich aus Rechtsgeschäften, die unmittelbar der Konkursmasse zugute kommen, oder aus ungerechtfertigter Bereicherung der Masse selbst. Im Regelkonkurse bilden nach § 59 Masseschulden[6]):

a) Verbindlichkeiten aus einer Handlung des Konkursverwalters, aus der nach sonstigen Rechtsvorschriften eine Haftung des Masseträgers „entsteht“. So z. B. die Verpflichtungen aus dem Verkaufe von Massegegenständen, aus neu abgeschlossenen Dienstverträgen, aus der Aufnahme eines Darlehens für die Masse (vgl. §§ 134 Nr. 2, 136); so ferner die einheitliche Kostenschuld auf Grund einer vom Verwalter begonnenen oder fortgesetzten Prozeßführung; so aber auch Verbindlichkeiten aus

---

[1]) Klage und Zwangsvollstreckung gegen den Konkursverwalter stehen dem Massegläubiger offen. Die §§ 12, 14, 15, 61ff., 138ff. gelten nicht für Masseansprüche. Ein Zwangsvergleich schmälert sie nicht (§ 191 I).

[2]) Siehe unten III 2. Auf innerer Notwendigkeit beruht die Scheidung nicht. Die neue österr. KO. von 1914 (§§ 46, 47) hat sie aufgegeben, ohne darum auf Rangstufen verzichten zu müssen. Vom Standpunkte des Gläubigers aus sind die Masseansprüche entweder Masseschuldansprüche oder Massekostenansprüche. Fällt ein anspruchbegründender Tatbestand zugleich unter den Wortlaut verschiedener Vorschriften (z. B. sowohl unter den § 58 Nr. 2 als unter den § 59 Nr. 2), dann geht die besondere der allgemeineren vor (z. B. der § 59 Nr. 2 dem § 58 Nr. 2 für die Ansprüche der Angestellten, die der Konkursverwalter zur Fortführung des Geschäftes beibehalten hat).

[3]) Die sumtus processus (cridae) im Sinne des gemeinen Konkursrechts. Sie bilden den Gegensatz zu den Konkursteilnahmekosten des einzelnen Gläubigers (z. B. für dessen Vertretung durch einen Anwalt im Vergleichstermin), die nicht einmal als einfache Konkursforderung anmeldbar sind (§ 63 Nr. 2; vgl. auch § 62 Nr. 1). Geht eine Geschäftsaufsicht in den Konkurs über, so gehört auch ihr Kostenaufwand zu den Massekosten des Konkurses (§ 71 AufsVO.).

[4]) Die sumtus oeconomici des gemeinen Rechts. Die Prämien aus Versicherungsverträgen fallen unter § 59 Nr. 1, 2; Umsatzsteuern für die Tätigkeit des Verwalters unter § 59 Nr. 1. Konkursvorrecht der Steuerrückstände: § 61 Nr. 2.

[5]) Die sog. freiwillige Kompetenz (sumtus alimentationis). Vgl. §§ 129 I, 132 I. Der Schuldner hat kein Recht auf die Bewilligung, erwirbt aber (wenn auch unbeschadet künftiger Entziehung) ein solches aus der Bewilligung, und zwar als Massegläubiger. Die Sondergutsnatur der Masse ermöglicht den Bestand solcher Rechtsbeziehung. Wegen der Beerdigungskosten siehe § 224 Nr. 2.

[6]) Für den Nachlaßkonkurs erweitert sich ihr Kreis erheblich (§ 224; siehe § 236). Unten S. 157f.

pflichtwidrigem Tun oder Lassen des Verwalters innerhalb seines gesetzlichen Wirkungskreises (etwa infolge Verzugs oder Vertragsverletzung)[1]).

b) Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen des jetzigen Gemeinschuldners, wenn

α) der Verwalter kraft seines Wahlrechts auf Erfüllung zur Masse besteht (§§ 17, 20 II, 44 II) oder

β) die Erfüllung kraft Gesetzes, also auch ohne Verlangen des Verwalters zu erfolgen hat (§ 19, 21, 22, 25, 27, 28), mag sie nun der Masse zugute kommen oder nicht[2]).

c) Verbindlichkeiten aus einer ohne rechtlichen Grund erfolgten Bereicherung der Konkursmasse selbst. Ist die Bereicherung nicht erst zugunsten der Konkursmasse als solcher, sondern bereits vor Konkursbeginn oder zugunsten des konkursfreien Schuldnervermögens eingetreten, dann versagt der § 59 Nr. 3. Er trifft z. B. die Leistung auf eine Nichtschuld zur Masse[3]) (§§ 812ff. BGB.); einen nach § 951 BGB. zurückzugewährenden Erwerb der Masse durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung; die entgeltliche Verfügung des Verwalters über fremdes Gut (etwa in Ausnutzung bloßer „Buchrechte"), wenn er den Erlös ununterscheidbar mit Massegeldern vermengt hat[4]).

III. **Rechtsstellung.** 1. Schuldner der Massegläubiger ist der Träger der Masse (der Gemeinschuldner als solcher), nicht die Masse selbst (sie ermangelt der Rechtspersönlichkeit), noch aber die Gesamtheit der Konkursgläubiger. Als Erfüllungspflicht wäre ein Haften der Konkursgläubiger gegenüber den Massegläubigern denkbar, wenn

[1]) Handelt der Konkursverwalter innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses der Masse, so findet auf die Haftung der Masse (des Masseträgers als solchen) der § 278 BGB. (mit § 59 Nr. 1 KO.) unmittelbare Anwendung. Dagegen kann der § 31 BGB. auch nicht entsprechend herangezogen werden. Für ein unerlaubtes Verhalten des Verwalters außerhalb bestehender Schuldverhältnisse haftet die Masse auch dann nicht nach § 59 Nr. 1, wenn der Verwalter in ihrem Interesse handelte. Wenn er das Eigentum eines anderen wissentlich dadurch zerstört, daß er eine fremde Sache für Rechnung der Konkursmasse an einen gutgläubigen Dritten übereignet, dann haftet nach § 823 I BGB. zwar er persönlich, nicht aber die Masse auf Schadensersatz (vgl. auch § 82 KO.). Diese kann im Rahmen des § 46 oder des § 59 Nr. 3 haftbar werden. Anders liegen die Dinge, wo der Verwalter als unbeauftragter Geschäftsbesorger sich bei Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben fremder Angelegenheiten annimmt, wie etwa bei dem ihm nach § 127 zustehenden Eingriff in Rechte Dritter. Hier kann die Geschäftsbesorgerpflicht (§§ 677ff. BGB.) Masseschuld im Sinne des § 59 Nr. 1 sein. Siehe RG. Bd. 98, S. 150, 306. Im Bereiche seiner gesetzlichen Vertretungsmacht kann der Konkursverwalter zur Masse gehörende und für deren Rechnung verpflegte Tiere an Stelle des Masseträgers „halten". So etwa, wenn der Verwalter Lastpferde im fortgeführten Geschäftsbetriebe des Schuldners verwendet. Hier ist der Masseträger als solcher „der Halter". Die Gefährdehaftpflicht des § 833 BGB. und ebenso die des § 7 KFG. erwächst solchenfalls als Masseschuld im Sinne des § 59 Nr. 1. Desgleichen die Haftpflicht aus vorzeitig verstatteter Vollstreckung des Verwalters für Rechnung der Masse, z. B. nach den §§ 717 II, 945 ZPO.

[2]) Der zweite Fall [β] trifft namentlich Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse, die nach Konkursbeginn zunächst noch weiter bestehen, bis gekündigt wird oder der Vertrag abläuft. Wenn ein Kaufmann am 16. Oktober in Konkurs fällt, ist das Oktobergehalt seiner Handlungsgehilfen für die erste Monatshälfte bevorrechtigte Konkursforderung (§ 61 Nr. 1), für die zweite Masseschuldanspruch (§ 59 Nr. 2, Fall 2), einerlei, ob der Verwalter die Angestellten verwendet oder das Geschäft schließt. Endet im Konkurs eines Mieters das Mietverhältnis, dann bildet die Verpflichtung zur Rückgabe der Mietsache und als unselbständiger Bestandteil dieser Pflicht die bei Lösung des Vertragsverhältnisses entstehende Verbindlichkeit zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes (§ 556 BGB.) eine Masseschuld nach § 59 Nr. 2, Fall 2 (JurW. 1918, 146). Im übrigen beachte § 26 Satz 2.

[3]) So in dem häufigen Falle, da der Konkursverwalter infolge des Mangels ordnungsmäßiger Buchführung bereits bezahlte, aber noch ungelöschte Kaufpreisbeträge einfordert, die Käufer irrtümlich noch einmal und nun an den Verwalter leisten. Hier ist die condictio indebiti Masseschuld. Wäre die irrtümliche zweite Zahlung vor dem Konkurs an den Verkäufer geleistet worden, so wäre der Bereicherungsanspruch bloße Konkursforderung. Würde sie der Gemeinschuldner während des Konkurses für sich persönlich einziehen (die Leistung also nicht in die Masse gelangen), so könnte der Käufer seinen (erst während des Verfahrens entstandenen) Rückgewähranspruch im Konkurs überhaupt nicht verfolgen.

[4]) Also die Ersatzaussonderung des § 46 vereitelt ist.

die Masse gemeinschaftliches Vermögen der Konkursgläubiger wäre[1]). Dann könnte man sagen, die Gläubigerschaft hafte für Masseansprüche mit der Masse. In Wahrheit haben aber die Gläubiger überhaupt kein Recht an der Konkursmasse. Das Haftungsobjekt ist ausschließlich Vermögen des Gemeinschuldners; er ist es, der mit diesem seinem Vermögen auch für die Masseansprüche einzustehen hat. Zweifelhaft kann nur der Umfang seiner persönlichen Haftung sein. In dieser Hinsicht ist zu unterscheiden. Soweit der Schuldner schon vor dem Konkurs unbeschränkt persönlich verpflichtet war, haftet er ebenso während des Konkurses (auch mit konkursfreiem Vermögen) und nach Konkursbeendigung fort[2]). Für solche Masseansprüche aber, die erst während des Konkurses neu entstehen, haftet er nur gegenständlich beschränkt, also nur mit der Konkursmasse und nach Konkursbeendigung nur mit den ihm ausgeantworteten Massebestandteilen (vgl. §§ 192, 206)[3]).

2. Die Befriedigung der Massegläubiger erfolgt unabhängig vom Gange des Verteilungsverfahrens. Die Sätze über Anmeldung, Prüfung und Feststellung, das Verbot der Sondervollstreckung, die Rechtsfolgen eines Zwangsvergleichs treffen den Massegläubiger nicht[4]). Der Konkursverwalter hat unaufgefordert dafür Sorge zu tragen, daß alle ihm rechtzeitig[5]) bekannt gewordenen Masseansprüche vorweg befriedigt oder sichergestellt werden. §§ 57, 82, 191 I (116, 205 II). Jeder Massegläubiger kann aber auch selbständig vorgehen, seine Ansprüche gerichtlich wie außergerichtlich gegenüber dem Konkursverwalter verfolgen und sich ohne Rücksicht auf andere Massegläubiger Volldeckung verschaffen. Die Lage ändert sich, „sobald sich herausstellt", daß die Mittel der Masse nicht einmal soweit reichen, um alle Masseansprüche zu erfüllen. Nun setzt für die fernere Berücksichtigung der auf Geldsummen lautenden Ansprüche[6]) folgende Rangordnung des § 60 ein. Es gelangen zum Zuge:

a) zuerst die Masseschulden (§§ 27, 28, 59, 224),

b) dann von den Massekosten die Barauslagen (z. B. des Gerichts oder Verwalters)[7]),

c) hierauf die übrigen Massekosten der § 58 Nr. 1, 2 (z. B. das Honorar des Verwalters),

d) zuletzt eine dem Schuldner bewilligte Beihilfe (§ 58 Nr. 3).

---

[1]) Die im gemeinen Recht lange Zeit vorherrschende Auffassung, daß die Gesamtheit der Konkursgläubiger Schuldnerin der Massegläubiger sei, hat unter der Herrschaft unserer KO. Anhänger in den Kreisen der oben S. 43f. abgelehnten Beschlagrechtslehre gefunden. Von diesem Standpunkt aus könnte aber nur eine Duldungspflicht, nicht eine Erfüllungspflicht der Konkursgläubigerschaft in Frage kommen. Die ganze Konstruktion scheitert schon daran, daß kein vernünftiger Grund vorliegt, den Schuldner hinsichtlich der bereits vor dem Konkurs entstandenen Masseschulden (§ 59 Nr. 2 mit § 17), und gar noch endgültig der persönlichen Haftung zu entheben. Die Praxis lehnt daher auch diesen Gedanken entschieden ab (z. B. RG. Bd. 2, S. 24, Bd. 52, S. 332). Freilich kann der Schuldner selbst Massegläubiger sein. Dies ist aber eine auch sonst beim Sondervermögen auftretende Erscheinung. Siehe oben II 2 c. Daß der Verwalter im Rahmen seiner gesetzlichen Vertretungsmacht den Schuldner verpflichtet, daß dieser den Kostenaufwand des Konkurses in seiner Eigenschaft als exequendus zu tragen hat, daß ein ungerechtfertigter Erwerb der Masse den Masseträger selbst (nicht unmittelbar die Konkursgläubiger) bereichert, das alles entspricht einer zwanglosen Betrachtung der Verhältnisse.

[2]) Der Zwangsvergleich trifft Massegläubiger nicht (§ 193).

[3]) So z. B. für die Honoraransprüche des Verwalters (§§ 58 Nr. 2, 85). Diese Annahme gewinnt in der Theorie wie in der Praxis ständig an Boden (vgl. z. B. Siber, Jherings Jahrb. 67, S. 147; OLG. Hamburg LZ. 1912 Sp. 867, 1914 Sp. 1406). Eigene Masseansprüche des Gemeinschuldners erlöschen bei Konkursbeendigung per confusionem, da nun die Sondergutsnatur der Masse endet.

[4]) Siehe oben I.

[5]) Vgl. § 172.

[6]) Nicht für Ansprüche auf Verschaffung bestimmter Massegegenstände, z. B. durch den Verwalter verkaufter und vielleicht schon bezahlter Sachen. Diese Masseschulden sind nach wie vor ganz und in Natur zu erfüllen, und zwar ohne Zuzahlungspflicht. Nur auf Geldforderungen ist die Rangabstufung gemünzt.

[7]) Möglicherweise auch der Aufsichtsperson im Falle des § 71 AufsVO.; ihre Vergütung rangiert unter c.

Innerhalb jeder Klasse gilt Gleichrang mit anteilsmäßiger Befriedigung. Nebenansprüche rangieren mit dem Hauptanspruch. Die Verteilung ist Sache des Verwalters. Ihm obliegt die Amtspflicht (§ 82), sobald er die Tatsache der Masseunzulänglichkeit erkannt hat, die Massegläubiger nur noch rangmäßig zu befriedigen und rangwidrigen Zwangszugriffen zu wehren (§ 767 ZPO., § 812 I 1 BGB.)[1].

3. Die Aufrechnung zwischen Masseansprüchen und Verbindlichkeiten „zur Masse" steht beiden Teilen frei. Auch der § 60 verkümmert sie nicht. Der § 55 Nr. 1 will mit den Worten „Forderung an den Gemeinschuldner" — wie der Gegensatz „zur Masse" deutlich zeigt — Ansprüche an die Masse als solche (d. h. an den Schuldner als Masseträger) gerade nicht treffen. Zur Lösung der Streitfrage, wer Schuldner der Massegläubiger sei, läßt dieser einem besonderen Zwecke dienende Sprachgebrauch sich nicht verwerten.

6. Masseergänzung im Wege der Konkursanfechtung.

§ 18.

a) Begriff und Arten der Gläubigeranfechtung.

I. Nur selten findet der Konkursverwalter die Masse unverkürzt vor. Alte Erfahrung lehrt, daß Schuldner, denen der Zusammenbruch droht, Vermögensstücke verschieben oder verschleudern, um mit dem Erlöse zu flüchten, Reste für die Familie zu retten, nahestehende Gläubiger vor anderen zu begünstigen. Solcher alienatio in fraudem creditorum tritt schon eine hochentwickelte Restitutionseinrichtung des römischen Rechts entgegen[2], die, in den italischen Stadtrechten des Mittelalters und in der französischen Handelsgesetzgebung fortgebildet, zu weltrechtlicher Anerkennung gelangt ist. Sie weist aber als Kompromißinstitut stark wechselnde Gestaltungen auf. Denn so einleuchtend das Schutzbedürfnis der persönlichen Gläubiger erscheint, so nachdrücklich gebietet die Verkehrssicherheit, Verfügungen eines dispositionsfähigen Vermögensträgers im Interesse seines Geschäftsgenossen, zumal des gutgläubigen, aufrechtzuerhalten. Die Ausgleichung dieser Gegensätze stößt auf ernste Schwierigkeiten. Auch die Mittel schwanken. Namentlich weichen die Gesetze insofern voneinander ab, als eine Gruppe die Nichtigkeit, eine andere nur die Anfechtbarkeit der Vermögensentäußerungen ausspricht. Den ersteren Standpunkt vertritt unter Rückbeziehung des Konkursbeschlags mit großer Schärfe das ältere französische Recht (a. 442 code de commerce von 1807). Danach gilt der Schuldner bereits von dem einheitlich und bindend durch das Konkursgericht festzulegenden Zeitpunkte der Zahlungseinstellung ab als verfügungsunfähig, so daß alle seine späteren Dispositionen schon von Rechts wegen der Wirksamkeit im Verhältnis zur Konkursmasse ermangeln. Um der Verkehrssicherheit willen schwächt die Novelle von 1838 die Rückbeziehung ab und erklärt nur einen Teil der Benachteiligungsakte für nichtig (ihrer Natur nach verdächtige Entäußerungen, wie Freigebigkeiten, Leistungen an Zahlungsstatt, a. 446), andere dagegen (be-

---

[1]) Daß eine Konkursmasse bei solcher Lage keinen Kredit mehr genießt, ist klar. Dringend erforderliche Gelder durch Barverkauf von Massestücken zu erwerben, steht dem Verwalter immer noch frei. Daß aber fortab neu entstehende Masseansprüche den bisherigen kraft Gesetzes vorgingen, etwa allemal der jüngste den ersten Rang einnähme, ist nicht zuzugeben.

[2]) Das Recht Justinians (Dig. 42, 8 quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur, Cod. 7, 75 de revocandis his quae per fraudem alienata sunt) schützt die Gläubiger gegen Vermögensentäußerungen, die der Schuldner mit dem Willen und voraussehbaren Erfolg einer Benachteiligung der Gläubiger vorgenommen hat (alienatio in fraudem creditorum), wenn der Erwerber entweder um diesen Willen wußte (particeps fraudis war) oder unentgeltlich (ex titulo lucrativo) erwarb. In dieser Einrichtung hat Justinian verschiedenartige Rechtsschutzmittel der klassischen Zeit verschmolzen. Die gemeinrechtliche Doktrin, die den Rückgewähranspruch vorwiegend als Deliktsobligation auffaßt, nennt die Klage actio Pauliana. Dieser Name, die Bezeichnung eines älteren Rechtsschutzmittels, war im Digestentitel 42, 8 ausgemerzt worden (siehe freilich 1 38 § 4 Dig. 22, 1).

sonders die Erfüllung fälliger Schulden) nur für vernichtbar (a. 447, 449 c. com.). Belgien, Italien, Rumänien folgen. Die Gesetze der Gegenwart aber entscheiden sich überwiegend für bloße Anfechtbarkeit. So nach deutschem Vorbilde besonders das neue holländische, österreichische und ungarische Recht. Doch tritt, was Beschlagnahmen aus der jüngsten Konkursvorzeit betrifft, die im Geltungsbereiche des Präventionsprinzips der par condicio creditorum besonders verhängnisvoll werden, neuestens unter dem Einflusse skandinavischer Gesetze eine Gegenströmung auf. Nur allzuoft verschaffen sich einzelne Gläubiger, vom Zufall oder heimlicher Gunst des Schuldners gefördert, noch während der Krise durch Zwangszugriff einen sachlich ganz unangemessenen Vorrang, der bei uns regelmäßig im Wege eines mühevollen, zeitraubenden und mit hohem Kostenrisiko verknüpften Anfechtungsprozesses bekämpft werden muß. Wieviel zweckmäßiger erscheint da eine Regelung, die dem vorkonkursmäßigen Einzelzugriff in bestimmten Zeitschranken schon von Rechts wegen die Absonderungskraft versagt! So der § 12 österreich. KO. von 1914 für die letzten sechzig Tage vor dem Konkurse[1]).

II. Das geltende Reichsrecht verpflichtet, wenn der Schuldner sich eines Vermögensgegenstandes zum Nachteile seiner Gläubiger entäußert hat, den Erwerber in bestimmten Grenzen, den erworbenen Gegenstand (in Natur, aushilfsweise dem Werte nach) so für den Gläubigerzugriff bereit zu stellen, als wäre er niemals aus dem Schuldnervermögen ausgeschieden. Auf „Rückgewähr" (restituere) in diesem Sinne, also auf Wiedererschließung der vereitelten Zugriffsmöglichkeit, geht das Anfechtungsrecht oder (was hier dasselbe besagt) der Anfechtungsanspruch. Die Rückgewährpflicht (die Anfechtbarkeit) bildet insofern ein Hilfsmittel der Geldvollstreckung, und zwar sowohl des Einzelzugriffs als des Konkurses. Nach beiden Richtungen wirkt sie als ausgleichende Haftung zum Schutze der durch die Vermögensentäußerung benachteiligten Gläubiger. Deshalb wird das Verlangen der Rückgewähr (die Anfechtung in diesem besonderen Sinne) passend als „Gläubigeranfechtung" gekennzeichnet.

III. Je nachdem die Anfechtbarkeit der Zwangsvollstreckung oder dem Konkurse aufzuhelfen bezweckt, unterscheiden wir Einzelanfechtung (geregelt im AnfG. v. 21. 7. 1879) und Konkursanfechtung (geregelt in der KO.). Die zweite ist wichtiger und umfassender als die erste und hat nach der Entwicklung unseres Reichsrechtes der ersten zum Vorbilde gedient. Beide haben dieselbe rechtliche Natur. Während aber die Konkursanfechtung als ein im gemeinschaftlichen Interesse aller benachteiligten Konkursgläubiger vom Konkursverwalter zu verfolgendes Masserecht ausgeprägt ist, bildet die Einzelanfechtung ein Sonderrecht jedes benachteiligten Gläubigers (§§ 1, 7 AnfG.). Eine Anfechtung „außerhalb des Konkursverfahrens", wie sie das AnfG. nennt, ist die Einzelanfechtung nur insofern, als sie nicht für Rechnung der Konkursmasse des Schuldners erfolgt. Sie findet auch während des Konkurses statt, sei es zugunsten eines Nichtkonkursgläubigers[2]), sei es zugunsten eines einzelnen Konkursgläubigers, soweit der § 13 V AnfG. in Durchbrechung des Verbots der Sondervollstreckung (§ 12 KO.) schon während des Konkurses eine Anfechtbarkeit der Entäußerung beschlagsfähigen, aber konkursfreien Neuerwerbs vorsieht.

---

[1]) Entsprechend der § 12 österr. AusglO. für die letzten sechzig Tage vor dem konkursabwendenden Ausgleichsverfahren. In ähnlicher Weise wird für den besonderen Fall des Nachlaßkonkurses durch unsern § 221 KO. die Anfechtung erspart.

[2]) Namentlich eines Absonderungsberechtigten. So z. B. eines Hypothekengläubigers, der die Rückgewähr einer im Rahmen des § 1121 BGB. liegenden, also an sich wirksamen, ihn aber im Sinne des AnfG. (z. B. des § 3 Nr. 1) benachteiligenden Veräußerung und Entfernung von Zubehörstücken beansprucht (lehrreich RG. 100, S. 87).

§ 19.

b) Der gesetzliche Tatbestand der Anfechtbarkeit.

I. Der gesetzliche Tatbestand, auf den die Anfechtbarkeit sich gründet, hat allgemeine und besondere Begriffsmerkmale. Den allgemeinen Anfechtungstatbestand bildet eine Rechtshandlung, die den Gläubigern zum Schaden gereicht. Der besondere besteht in gewissen erschwerenden Umständen, unter denen dieser Benachteiligungsvorgang sich vollzieht.

1. In jedem Falle setzt also die Anfechtbarkeit eine die Gläubiger benachteiligende Rechtshandlung voraus (§ 29 KO., § 1 AnfG.). Rechtshandlungen in diesem weiten Sinne des Wortes sind alle Willensbetätigungen mit Rechtserfolg. Der Begriff ist umfassender als der des Rechtsgeschäfts, ein Erfolgswille nicht wesentlich. Unter den Rechtsgeschäften kommen Verpflichtungen (z. B. durch Bürgschaft) und Verfügungen (z. B. Verzicht) in Betracht. Die beiden sind auch hier begrifflich zu trennen. Gewöhnlich stellen Grund- und Erfüllungsgeschäft (z. B. Kaufvertrag oder Schenkungsversprechen und Übereignung) als ein von einheitlichem Zuwendungswillen getragener und erst im Verfügungsakte zum Abschlusse gelangender Benachteiligungsvorgang (somit als Ganzes) „die“ anfechtbare Rechtshandlung dar. Doch ist auch gesonderte Anfechtbarkeit von Erfüllungsgeschäften denkbar, wie z. B. bei Hingabe an Erfüllungsstatt während der Krise (§ 30 Nr. 2) oder in erkennbarer Begünstigungsabsicht (§ 31). Daß der Vorgang sich unter Mitwirkung einer Staatsbehörde vollzieht (etwa gerichtlich beurkundet wird), steht der Anfechtbarkeit keineswegs entgegen. Selbst Verurteilung und Zwangsvollstreckung schließen sie nicht aus (§ 35 KO., § 6 AnfG.). Daher muß, wer auf Grund eines im Vorjahr erteilten Schenkungsversprechens das Geschenk gegen den Willen des Schuldners eingeklagt und zwangsweise beigetrieben hatte, gleichwohl Rückgewähr leisten (§ 32 KO., § 3 Nr. 3, 4 AnfG.). Ja es kann die Verschaffung des vollstreckbaren Titels selber und namentlich auch der Zwangszugriff als solcher den Rückgewähranspruch begründen[1]). Erstere z. B. als Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung im Sinne des § 794 Nr. 5 ZPO., als Anerkenntnis mit der Folge des § 307 ZPO. oder als geflissentliches Unterlassen[2]) der Verteidigung mit der Folge des § 331 ZPO., letzterer besonders im weiten Anwendungsgebiete des § 30. Die anfechtbaren Rechtshandlungen sind also zu einem sehr erheblichen, im Bereiche des § 30 zum weit überwiegenden Teile überhaupt keine Tatbestände des bürgerlichen Rechts. Doch kann eine ohne Zutun des Schuldners erwirkte Vollstreckung die Rückgewährpflicht nur in solchen Fällen begründen, in denen das Gesetz eine Rechtshandlung des Schuldners nicht voraussetzt[3]).

---

[1]) Auch dies besagt der § 35 KO. wie der § 6 AnfG. Es braucht also nicht schon im Zeitpunkte der Vollstreckung und außer dieser eine anfechtbare Rechtshandlung vorgelegen zu haben. Um so mehr muß eine anfechtbare Handlung auch dann anfechtbar bleiben, wenn ein Gläubiger den aus ihr erworbenen Anspruch eingeklagt und vollstreckt hat. Sonst könnte der Schuldner den Schutz der übrigen Gläubiger vereiteln, indem er sich verurteilen läßt.

[2]) „Rechtshandlung“ kann nur bewußtes Unterlassen sein, wie das mit Wissen und Willen erfolgende Nichteinlegen von Rechtsbehelfen, Nichtverhandeln, Nichtunterbrechen laufender Verjährungs-, Ersitzungs- oder Ausschlußfristen. „Vorgenommen“ im Sinne der z. B. durch die §§ 32, 41 gezogenen zeitlichen Schranken ist die Unterlassung erst im letzten Augenblick, in dem das versäumte Tun noch wirksam geschehen konnte. Unterlassen aus reiner Vergeßlichkeit ist keine anfechtbare Rechtshandlung.

[3]) Die Tatbestände des § 30 Nr. 1 Fall 2 u. Nr. 2 KO. setzen keine Rechtshandlung, auch kein Mitwirken des Schuldners voraus. Hier liegt das Hauptanwendungsgebiet des § 35 KO. Im übrigen, so im ganzen Bereiche der Einzelanfechtung, können nur mit Beihilfe (Tun oder Lassen) des Schuldners erwirkte Vollstreckungen anfechtbar sein. Solche sind aber durchaus keine Seltenheit. Vielmehr kommt es oft genug vor, daß der Schuldner in bewußtem Zusammenwirken mit einem von ihm begünstigten Gläubiger diesem Vermögenswerte, vielleicht die letzten greifbaren, in die Hand spielt, etwa indem er sich verurteilen läßt oder absichtlich die ihm zustehenden

Die Rechtshandlung besteht meist in direkter Zuführung eines Gegenstandes aus dem Vermögen des Schuldners in das des Erwerbers. Nicht selten aber vollzieht der Benachteiligungsakt sich auch auf Umwegen (mittelbare Zuwendung). So z. B. dadurch, daß der Schuldner eine ihm gebührende Leistung, etwa die von ihm zu beanspruchende Übereignung eines gekauften Grundstücks, schenkweise an den Begünstigten bewirken läßt. Was hier der Drittschuldner auf Weisung des Schuldners leistet, unterliegt, wiewohl es in dieser Gestalt niemals dem Schuldnervermögen angehörte, der „Rückgewähr" ganz ebenso wie Gegenstände unmittelbarer Zuwendung. So hat im Beispielsfalle der Erwerber das Grundstück selber, obgleich es nie zuvor im Eigentum des jetzigen Gemeinschuldners stand, zur Konkursmasse zurückzugewähren[1]).

Die Rechtshandlung muß bei der Konkursanfechtung vor Konkursbeginn erfolgt sein (§ 29). Vermögensentäußerungen, die der Schuldner selbst nach Konkursbeginn betätigt, ermangeln im Regelbereiche des § 7, konkurszeitliche Erwerbsvorgänge ohne sein Zutun im Regelbereiche des § 15 der Wirksamkeit. Soweit sie aber ausnahmeweise Verkehrsschutz genießen, können sie unter den sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen (z. B. als Freigebigkeiten) anfechtbar sein (§ 42). Die für die Zeit vor dem Konkurse gesetzten Anfechtungsfristen (z. B. des § 32) bleiben insoweit außer Betracht.

2. In jedem Falle muß die Rechtshandlung, wenn sie eine Anfechtbarkeit begründen soll, den Gläubigern zum Nachteile gereichen, d. h. im Erfolg ihren Zugriff vereiteln oder schmälern. Diese allgemeine Voraussetzung der Anfechtbarkeit ergibt sich ohne weiteres aus dem Anfechtungszweck[2]) und steht zur Beweislast des Konkursverwalters oder des Einzelgläubigers, der den Rückgewähranspruch nach § 37 KO. oder nach § 7 AnfG. erhebt. An solcher Benachteiligung kann es fehlen, weil der Gegenstand einer Verfügung beschlagsfrei oder überlastet ist oder einem Dritten gehört. Desgleichen bei der Ablehnung eines nicht einmal bedingt vollzogenen Erwerbs (z. B. eines Schenkungsanerbietens). Nur die Aufopferung von Vermögenswerten, wäre es auch bloß einer in aufschiebend bedingter Zuwendung begründeten Anwartschaft, keineswegs aber auch die Nichtverwirklichung einer bloßen Erwerbsmöglichkeit kommt als anfechtbares „Aufgeben aus dem Vermögen des Schuldners" (§ 37 KO., § 7 AnfG.) in Frage. Die Ausschlagung von Erbschaften und Vermächtnissen, ebendarum auch der Erbverzicht, ist dem § 9 KO. zufolge einer

---

Schutzbehelfe (Einspruch, Rechtsmittel, Vollstreckungsgegenklage) nicht gebraucht. Wirkt sein Verhalten in dieser Art ursächlich, dann beruht der Zugriffserwerb im Sinne der Anfechtungsvorschriften auf einer Rechtshandlung „des Schuldners".

[1]) Solche Zuwendungen auf Schleichwegen werden, wie die Praxis lehrt, der Verkehrssicherheit besonders gefährlich. Nach dem Anfechtungszweck ist nicht die Weisung an den Drittschuldner, auch nicht die Empfangnahme des Gegenstandes durch den Erwerber gesondert als die anfechtbare Rechtshandlung aufzufassen. Vielmehr löst der Gesamttatbestand einer Zuwendung des Schuldners durch den Drittschuldner an den Begünstigten als anfechtbare Rechtshandlung den Rückgewähranspruch aus. Den gleichen Inhalt hat die Rückgewährpflicht des Erwerbers, wenn der Schuldner von vornherein sich die Leistung an den Begünstigten hatte versprechen lassen (§§ 328ff. BGB.). So, wenn er ein sonst vielleicht nur für 100000 verkäufliches Grundstück einem darauf versessenen Liebhaber um 200000 verkauft und schon im Kaufvertrage Zahlung des Preises an seine (des Verkäufers) Ehefrau, um diese zu beschenken, ausbedungen hatte. Der Gesamtakt ist als Schenkung an die Ehefrau (§ 32 Nr. 2 KO., § 3 Nr. 4 AnfG.) anfechtbar. Diese hat — unbeschadet der Schranke des § 37 II KO. (§ 7 II AnfG.) — die vollen ihr vom Käufer ausgezahlten 200000 zurückzugewähren. Siehe unten S. 108 Note 4. Über den besonders geregelten Fall des § 34 II siehe unten S. 101.

[2]) Die KO. hat das Erfordernis deshalb nicht ausdrücklich ausgesprochen, um der Meinung vorzubeugen, als müsse die Benachteiligung stets eine unmittelbare sein. Nur wo diese verschärfte Voraussetzung gilt (§§ 30 Nr. 1 Fall 1, 31 Nr. 2), spricht das Gesetz — und zwar mit dem Verschärfungszusatze („durch die Eingehung", „durch den Abschluß" schon) — von einem die Gläubiger benachteiligenden Handeln. Keineswegs rechtfertigt es damit den Gegenschluß, daß im übrigen (besonders im Bereiche des § 32) das Benachteiligungserfordernis entfalle.

Korrektur im Wege der Konkursanfechtung wie der Einzelanfechtung schlechthin entzogen. Die Benachteiligung kann entweder in einer Schmälerung der Aktiven oder in einer Erhöhung der Passiven liegen. In beiden Fällen muß sie mit der anzufechtenden Handlung in ursächlichem Zusammenhange stehen, und zwar derart, daß ohne Dazwischentreten dieser Handlung sich die Rechtslage der Gläubiger günstiger gestaltet haben würde. Dabei genügt regelmäßig eine mittelbare Benachteiligung. Nur in den Fällen der §§ 30 Nr. 1 Halbs. 1, 31 Nr. 2 KO. (§ 3 Nr. 2 AnfG.) wird verlangt, daß die Gläubiger schon „durch die Eingehung" des Rechtsgeschäfts, schon „durch den Abschluß des Vertrags" benachteiligt worden sind. Diese Fassung ist absichtlich so gewählt, um das Erfordernis unmittelbarer Benachteiligung auszudrücken. Daher versagt in diesen Ausnahmefällen die Anfechtbarkeit, wenn die Benachteiligung erst nach dem Geschäftsabschluß infolge eines davon unabhängigen Ereignisses eintrat, sei es infolge späterer Handlungen des Schuldners (Verbrauch, Mitnahme auf die Flucht), sei es infolge anderer Umstände (Entwertung, Zerstörung, Entziehung durch Dritte). Das Umsatzgeschäft selbst ist also in diesen Ausnahmefällen stets unanfechtbar, wenn ein vom Standpunkte der Gläubigerschaft aus vollwertiger — für die Vollstreckung nicht minder tauglicher — Gegenvorteil, wäre es auch Bargeld, in das Vermögen des Schuldners gelangte. In den Regelfällen dagegen, in denen auch eine mittelbare Benachteiligung ausreicht (z. B. § 31 Nr. 1 KO., § 3 Nr. 1 AnfG.), genügt es, daß dem Schuldner durch Umsetzung von Vermögensstücken in Bargeld das Verschleudern erleichtert wurde: der Umsatz an sich schon, auch der vollwertige, kann anfechtbar sein. Hier braucht die Benachteiligung erst zur Zeit der Anfechtung vorzuliegen, während sie in den Ausnahmefällen schon zur Zeit „der Eingehung" des Geschäfts, zur Zeit „des Abschlusses" des Vertrags gegeben sein muß.

Nach dem Zwecke der Gläubigeranfechtung kommt eine Preisgabe von Werten nur als zugriffsverkürzende Aufopferung „aus dem Vermögen des Schuldners" (§ 37 KO., § 7 AnfG.) in Betracht. An seiner Persönlichkeit haben die Gläubiger kein Recht, auf Grund dessen sie etwa die Arbeitskraft des Schuldners für sich auszunutzen imstande wären. Solange das Gesetz die Unantastbarkeit der Person des Schuldners anerkennt, solange muß es diesem freistehen, auch zum Schaden seiner Gläubiger gar nicht zu arbeiten oder umsonst oder für einen hinter der üblichen Vergütung zurückbleibenden Lohn geldwerte Dienste zu leisten und ebendarum auch Dienstverträge einzugehen, kraft deren der Anspruch auf beschlagsfreie Gehaltsüberschüsse unmittelbar in der Person eines bedachten Dritten (z. B. der Ehefrau) entstehen soll[1]).

[1]) Wenn der Schuldner sich verpflichtet, geldwerte Dienste ohne jedes Entgelt oder doch ohne eine ihm selber gebührende Entlohnung zu leisten, so unterläßt er es, von einer Erwerbsmöglichkeit Gebrauch zu machen, nicht aber gibt er Erworbenes auf. Dieses Ergebnis ändert sich auch nicht etwa rückwirkend dadurch, daß er hinterher die Arbeit tatsächlich leistet. Denn es bleibt auch jetzt dabei, daß er nichts „aus seinem Vermögen aufgibt". Daher ist es ganz schief zu sagen: auch eine Schenkung anzunehmen, in der Lotterie zu spielen, sei der Schuldner seinen Gläubigern gegenüber nicht verpflichtet; wenn er es aber tue, dann unterliege, „was er dadurch erwerbe", dem Gläubigerzugriff; ebenso müsse die Lohnzuwendung an Dritte anfechtbar werden, wenn der Schuldner arbeite. Der Denkfehler liegt auf der Hand: dort gibt der Schuldner erworbene Vermögenswerte auf, hier erwirbt er nie (dies verkennt auch RUD. SCHULTZ, Die Gehaltssicherungsverträge, Rechtsgang III, S. 416ff., bes. S. 498f., der eine Übersicht über Rechtsprechung und Schrifttum der „Fünfzehnhundertmarkverträge" gibt). Richtig RG. Bd. 69, S. 59; Bd. 81, S. 41ff., vgl. auch JurW. 1924, S. 108. Dem „Vermögen" des Schuldners entstammt der Lohn auch nicht mittelbar. Wer diese Betrachtungsweise als „formalistisch" ablehnt, verkennt völlig, daß es sich um eine folgenschwere Prinzipienfrage handelt. Lehrreich ist in dieser Hinsicht die Neuerung des österreichischen Rechts, das gerade, um unsere Fälle in den Bereich der Anfechtbarkeit einzubeziehen, um „auch die Hintanhaltung eines Vermögenszuwachses" zu treffen, nicht mehr (wie bisher im Anschluß an unser Reichsrecht) den Anfechtungsanspruch auf „Zurückleistung" dessen, „was durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben wurde",

Der Benachteiligungsvorgang spielt sich im einfachsten Falle so ab, daß mit einer Vermögensminderung auf seiten des Schuldners eine Vermögensmehrung auf seiten des Anfechtungsgegners Hand in Hand geht. So, wenn ein Eigentums- oder Forderungsrecht vom Schuldner auf den Gegner übertragen, wenn durch Verzicht des Schuldners der Gegner von einer Last oder Verbindlichkeit befreit wird[1]). Es wäre aber ein Irrtum zu meinen, die Anfechtbarkeit setze notwendig eine Bereicherung des Anfechtungsgegners voraus. Vielmehr stellt die Rückgewährpflicht weder dem Grunde noch dem Inhalte nach eine Bereicherungshaftung dar. Nur in einem engbegrenzten Ausnahmefall beschränkt das Gesetz die Rückgewähr auf die Bereicherung (§ 37 II KO., § 7 II AnfG.). Im übrigen haftet der Anfechtungsgegner auf den vollen Wert dessen, was aus dem Schuldnervermögen „aufgegeben", nicht nur auf das, was von ihm empfangen worden ist (§ 37 I KO., § 7 II AnfG.)[2]).

3. Der allgemeine Benachteiligungsvorgang löst nun aber eine Anfechtbarkeit nur aus, wenn er sich unter bestimmten erschwerenden Umständen vollzieht. Denn nur dann läßt sich der weitgehende Eingriff in einen vielleicht vom Standpunkte des Gegners vollkommen einwandfreien Erwerb rechtfertigen. Diese besonderen Umstände sind: Absicht der Gläubigerbenachteiligung (§ 31 KO.; § 3 Nr. 1, 2 AnfG.) und Unentgeltlichkeit der Zuwendung (§§ 32, 222 KO.; § 3 Nr. 3, 4, § 3a AnfG.). Danach unterscheiden wir innerhalb wie außerhalb des Konkurses „Absichtsanfechtung" und „Schenkungsanfechtuug". Für den Konkurs und nur für diesen kommt eine dritte Anfechtungsart hinzu, die „besondere Konkursanfechtung" (§ 30 KO.), beruhend auf dem Gedanken, daß das Vermögen des Schuldners, sobald es erkennbar konkursreif geworden ist, der Gesamtheit seiner persönlichen Gläubiger verfangen sei. Gleichfalls auf den Konkurs beschränkt ist die eigenartige Anfechtbarkeit der Teilhaberbegünstigung nach § 342 HGB.

II. Die besondere Konkursanfechtung (§ 30 KO.).

1. Mit Rücksicht auf die Kenntnis des Gegners von der Krise (der Zahlungseinstellung oder des Konkursantrags) erklärt das Gesetz Vermögensentäußerungen zum Schaden der Konkursgläubiger in zwei Hauptgruppen für anfechtbar:

---

sondern auf „Leistung" des diesem Vermögen „Entgangenen" gehen läßt (§ 39 KO., § 13 AnfG. v. 1914, Denkschrift dazu S. 44). Eine folgerechte Durchführung dieser Neuerung ergibt auch die Anfechtbarkeit der Ablehnung angebotener Geschenke oder sonstiger Offerten, was weit über den Anfechtungszweck hinausgeht. Vgl. Ehrenzweig (Steinbach), AnfO., 1916, S. 52ff., der S. 320 zwischen dem bloßen Unterlassen der Annahme eines angebotenen Geschenks (unanfechtbar) und der ausdrücklichen Zurückweisung (anfechtbar) unterscheiden will; ähnlich Bartsch (Pollak) I § 27 Anm. 34, der lehrt: nach der Ablehnung einer Vertragsofferte könne vom Antragsteller verlangt werden, daß er die nachträgliche Annahme zulasse (!). Auch für die Anfechtung von Versicherungsverträgen zugunsten Dritter ergeben sich wichtige Konsequenzen (Versicherungsaufwand in kritischer Frist oder volle Versicherungssumme zurückzugewähren?). Siehe unten S. 108. — Darüber, daß simulierte oder sittenwidrige Gehaltsverträge nichtig sind (§§ 117, 138 BGB.), besteht kein Zweifel. Nur ernstgemeinte und sittlich einwandfreie Vereinbarungen stehen hier in Frage, wie sie die Not des Schuldners gegenüber dem unzulänglichen Schutze der Lohnbeschlagnahmevorschriften heraufbeschworen hat, eine Tatsache, die unsere temperamentvollen Gegner meist in den Wind schlagen.

[1]) Schon hier aber ist zu beachten, daß der Erwerb im ganzen, nicht etwa nur der Wertunterschied vom Empfänger zurückzugewähren ist. So etwa, wenn der Schuldner unter den Anzeichen des Zusammenbruchs seine Habe verschleudert hat (§ 30 Nr. 1 Fall 1).

[2]) Auch die Schenkungsanfechtung (§ 32 KO.; § 3 Nr. 3, 4 Anf.G.) setzt daher im Regelfall eine Bereicherung des Empfängers nicht voraus (vgl. z. B. RG. Bd. 92, S. 228). Wenn der liederliche Schuldner „gleichgestimmten Seelen" den Rest seines Vermögens in Sektgelagen zuwendet mit dem ausgesprochenen Zwecke, seinen Gläubigern auch die letzten Befriedigungsmittel zu entziehen, haften die Genossen, obwohl sie nicht bereichert sind, auf vollen Wertersatz (sei es nach § 31 oder nach § 32). Ein „Empfangen", ein „Erwerben" im Sinne der Anfechtungsvorschriften (§§ 37, 39, 40 KO.; §§ 7, 8, 9, 11 AnfG.) liegt auch hier vor. Es bestimmt die Person des Haftenden und die Anteile der Haftung, aber nicht deren Inhalt.

a) „Rechtsgeschäfte" des Schuldners, die den Konkursgläubigern unmittelbar zum Nachteil gereichen (§ 30 Nr. 1 Fall 1). Da die Deckung einzelner „Konkursforderungen" in der Gruppe unter b einer gesonderten Behandlung unterworfen wird, scheidet sie hier aus, auch soweit sie rechtsgeschäftlicher Art ist[1]). In Betracht kommen vor allem Schleudergeschäfte, die der Schuldner am Vorabend des Konkurses vornimmt, namentlich um mit dem Erlöse zu flüchten. Ferner aber auch ein Kauf zu übersetztem Preise, die Gewährung eines langfristigen Darlehns, eine Darlehnsaufnahme unter ungünstigen Bedingungen, Verbürgung oder Verpfändung für fremde Schuld, der Verzicht auf ein beschlagsfähiges Recht.

b) Die Deckung (Sicherung oder Befriedigung) eines Konkursgläubigers[2]), sie mag durch ein Rechtsgeschäft des Schuldners oder ohne dessen Zutun vollzogen werden. (§ 30 Nr. 1 Fall 2, Nr. 2). Im Vordergrunde steht die Zwangsvollstreckung des Konkursgläubigers, auch wenn sie ohne Wissen und Willen des Schuldners erfolgt (§ 35). Die Rechtsgeschäfte der Deckung gehören nur mit zwei erheblichen Ausnahmen hierher.

α) Die erste folgt aus dem beschränkten Zwecke des Gesetzes. Dieses will verhüten, daß unter den vorhandenen Gläubigern noch während der Krise einer auf Kosten der übrigen Deckung erhält. Den Barverkehr trifft es nicht. So z. B. nicht den Bareinkauf des Schuldners[3]).

β) Die zweite Ausnahme gilt einer im kaufmännischen Verkehr besonders häufigen Schuldtilgungsart, der Wechsel- oder Scheckzahlung, und ist ausdrücklich festgelegt (§ 34 KO., § 24 ScheckG.). Solche Wechsel- oder Scheckzahlungen des nachmaligen Gemeinschuldners nämlich, die der Empfänger bei Verlust des Regresses annehmen mußte, bleiben aus Billigkeitsrücksichten der Anfechtbarkeit des § 30 Nr. 1 Fall 2 entrückt. Wer aber in Kenntnis der Krise einen Wechsel oder Scheck begibt oder begeben läßt, um sich auf Umwegen zu verschaffen, was bei direkter Leistung nach dieser Vorschrift anfechtbar wäre, der muß die gezahlten Wechsel- oder Schecksummen zur Konkursmasse zurückerstatten[4]).

2. Die Kenntnis der Krise bildet den Angelpunkt im gesetzlichen Tatbestande des § 30. Sie steht zur Beweislast des die Rückgewähr beanspruchenden

---

[1]) Die rechtsgeschäftliche Sicherung oder Befriedigung von Gläubigern, die nicht zu den Konkursgläubigern zählen, kann dagegen zur ersten Gruppe gehören, z. B. von Absonderungsberechtigten oder von Gläubigern des § 63 (abw. anscheinend RG. Bd. 90, S. 72).

[2]) Also nicht z. B. die Befriedigung eines Absonderungsberechtigten aus Erlös oder Erträgnissen des Pfandes, aber auch nicht die Befriedigung oder Sicherstellung einer nach § 63 unanmeldbaren Verbindlichkeit oder einer fremden Schuld. Siehe jedoch die vorige Note. Wenn der Schuldner nach § 1223 II BGB. einen „Pfandgläubiger" befriedigt, um das Pfand einzulösen, handelt es sich dem wesentlichen Zwecke des Geschäfts nach um die Befriedigung eines Absonderungsberechtigten, auch wenn er zugleich Konkursgläubiger ist. Zur Gruppe b gehört daher der Fall nicht. Ein Rechtsgeschäft im Sinne der Gruppe a bildet zwar auch die Einlösungsbefriedigung. Die Anwendbarkeit des § 30 Nr. 1 Halbs. 1 versagt indessen, wenn der Schuldner für die Zahlung ein vollwertiges Pfand zurückerhielt. Denn alsdann fehlt es an unmittelbarer Benachteiligung. Insofern zutreffend RG. Bd. 90, S. 70.

[3]) Das ist in Rechtslehre und Rechtsprechung (z. B. RG. Bd. 9, S. 50; Bd. 100, S. 64) anerkannt. Bei unmittelbarer Benachteiligung kann § 30 Nr. 1 Fall 1 anwendbar sein.

[4]) Weil der Schuldner zur Zahlung bereit war, hatte der Gläubiger keinen Protest mangels Zahlung erheben können. Das Regreßrecht war daher nach allgemeinen wechselrechtlichen Grundsätzen endgültig erloschen. Damit aber, daß bei Zahlungsrückgewähr die Forderung ohne Regreßrecht, also entwertet, wieder auflebte (§ 39), würde dem Gläubiger nicht gedient sein. Deshalb entzieht der § 34 I die notgedrungene Zahlungsannahme der Anfechtbarkeit des § 30 Nr. 1 Fall 2 (freilich auch nur dieser). Mit der Ausnahme verknüpft sich eine Gefahr. Wenn ein Gläubiger, der die Krise kennt und deshalb nur noch anfechtbare Befriedigung zu gewärtigen hat, für den Betrag seiner Forderung einen Sichtwechsel auf den Schuldner zieht und den Wechsel verkauft, kann er sich im Gegenwert eine dem § 30 Nr. 1 Fall 2 entrückte Befriedigung verschaffen. Solchem Schleichhandel beugt der § 34 II vor, indem er die Rückgewährpflicht dem Schieber aufbürdet.

Konkursverwalters. Die Beweisführung ist schwierig und meist auf Eideszuschiebung beschränkt[1]). Das Schutzbedürfnis der Masse drängt daher zu einer Erleichterung der Anfechtbarkeit. Eine solche verordnet der § 30 Nr. 2 in dreifacher Hinsicht für die Fälle einer nicht gebührenden (inkongruenten) Deckung. Hat nämlich der Konkursgläubiger eine ihm nicht gebührende Sicherung oder Befriedigung erlangt (also z. B. ein ihm nicht geschuldetes Pfand, eine verfrühte Zahlung, Leistung von Waren statt von Geld), so gehört seine Kenntnis der Krise nicht zum anspruchbegründenden Tatbestande. Vielmehr muß der Empfänger einer solchen Deckung einwendungsweise eine doppelte Negative, Unkenntnis der Krise und Unkenntnis einer Begünstigungsabsicht[2]) des Schuldners dartun, um sich von dem in der Inkongruenz begründeten Verdachte zu entlasten. Überdies aber gilt die Verschärfung, daß auch eine in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag erlangte Sicherstellung oder Befriedigung anfechtbar ist. Nur beschränkt sich naturgemäß bei Deckungen in dieser kritischen Vorzeit der Entlastungsbeweis auf die Unkenntnis der Begünstigungsabsicht.

Die verdachterregende Unebenheit der Deckung besteht in einer Abweichung der tatsächlichen Leistung vom Inhalte des Schuldverhältnisses. Nach dem Gesetze (§§ 30 Nr. 2, 241) kommen Abweichungen von dreierlei Art in Betracht: der Konkursgläubiger hatte die erlangte Sicherung oder Befriedigung entweder überhaupt nicht (weil etwa seine Forderung in einem nach § 142 BGB. vernichtbaren Rechtsgeschäfte begründet oder weil sie vom Schuldner aus freien Stücken nachträglich durch Pfandbestellung gesichert worden war) oder nicht in der bewirkten Weise (datio oder cessio in solutum) oder nicht schon zu dieser Zeit (die Forderung war betagt, aufschiebend bedingt) zu beanspruchen. Abweichungen, die der Verkehr als völlig belanglos behandelt, fallen auch anfechtungsrechtlich nicht ins Gewicht[3]). Im Recht auf Befriedigung liegt keineswegs auch ein Anspruch auf Sicherung. Die Sicherung ist nicht ein Weniger, sondern ein Anderes gegenüber der Befriedigung überhaupt und ein Mehr gegenüber der dem Gläubiger bevorstehenden anteilsmäßigen Konkursbefriedigung im besonderen. Selbst der Vollstreckungstitel verleiht keinen „Anspruch" auf Sicherung, jedenfalls nicht einen materiellrechtlichen Sicherungsanspruch gegenüber dem Schuldner, wie er zum Begriffe der kongruenten Deckung erfordert wird. Vielmehr ist auch das Vollstreckungspfandrecht (Pfändungspfandrecht, Beschlagnahmevorrecht, Zwangs- und Arresthypothek) als eine Sicherung, die der Gläubiger nicht zu „beanspruchen" hatte, anfechtbar, und zwar selbst dann, wenn er den Titel noch vor der Krisis erwirkt hatte[4]). Daran hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts seit einer Entscheidung der vereinigten Zivilsenate v. 6. 12. 1883 Bd. 10, S. 33 im Einklange mit den Verkehrsbedürfnissen ständig festgehalten. Die Anfechtbarkeit der Vollstreckung wird durch deren Vollzug (z. B. durch Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlöse der anfechtbar gepfändeten Sache) nicht geheilt: die Anfechtung geht nun auf Rückgewähr des Erlöses zur Konkursmasse. Insofern eine

[1]) Eine solche begegnet bei der Unsicherheit des Begriffes der Zahlungseinstellung erhöhten Bedenken. Da die Zahlungseinstellung ein Verhalten des Schuldners, der Anfechtungsbeklagte aber dessen Rechtsnachfolger ist, kann ihm der Verwalter zugleich über dieses Verhalten (factum alienum) und über dessen Wahrnehmung (factum proprium) den Eid zuschieben (§§ 445, 459 ZPO.). War der Gegner beim Erwerbe der anfechtbaren Leistung vertreten, dann greifen die Vorschriften des § 166 BGB. Platz. Daher schadet z. B. die Kenntnis des prozeßbevollmächtigten Anwalts, der eine Abschlagszahlung in Empfang nimmt oder einen Arrest ausbringt (§ 166 II BGB.). Auf den Gerichtsvollzieher, der „im Auftrage" des Anfechtungsgegners gepfändet hat, läßt sich dagegen der § 166 II BGB. deshalb nicht entsprechend anwenden, weil er wegen Kenntnis der Krise die Pfändung gar nicht ablehnen darf, mag er auch als Bevollmächtigter des Gläubigers anzusehen sein. So im Ergebnis auch die Praxis (z. B. RG. Bd. 9, S. 361; Bd. 95, S. 154).

[2]) Die Begünstigungsabsicht gehört in den Fällen des § 30 Nr. 1 überhaupt nicht zum gesetzlichen Tatbestand, aber die Inkrongruenz rechtfertigt ihren Verdacht. Auch das Strafverbot des § 241 greift hier ein.

[3]) So die Zahlung kleinerer Beträge in Briefmarken statt in Geld. Auch die Leistung an einem anderen Orte kann belanglos sein. Sie kann aber nach Lage des Falles auch eine „nicht in der Art" zu beanspruchende Befriedigung darstellen, wenn die Abweichung erheblich genug ist, um den Verdacht einer Begünstigung zu rechtfertigen.

[4]) Wer Waren pfändet, wird also anfechtungsrechtlich ebenso streng behandelt wie derjenige, der sich vom Schuldner Waren verpfänden läßt. Ein innerer Grund, die Fälle verschiedenartig zu behandeln, besteht auch nicht. Ausschlaggebend ist aber, daß nur diese Auffassung die schlimmsten Auswüchse des Präventionsgrundsatzes zu beschneiden vermag. Siehe oben § 18 unter I.

Bargeldpfändung nach § 815 III ZPO. unmittelbar (also ohne Dazwischentreten eines Pfandrechts) die zu beanspruchende Befriedigung bewirkt, ist sie wegen Kenntnis der Krise nicht nach Nr. 2, sondern nur nach Nr. 1 Fall 2 anfechtbar (entsprechend: Barzahlung im Gegensatze zur Bestellung eines Pfandes, aus dessen Erlöse sich der Gläubiger befriedigte).

Wegen Kenntnis der „Zahlungseinstellung“ kann ein Erwerb nicht mehr angefochten werden, wenn der Erwerb — nicht die Zahlungseinstellung — bei Konkursbeginn um mehr als sechs Monate zurückliegt (§ 33, vgl. § 55 Nr. 3 KO.). Wegen Kenntnis des Eröffnungsantrages (§ 103 KO.) können auch Rechtshandlungen, die früher als sechs Monate vor dem Konkurs erfolgten, angefochten werden. Vorausgesetzt wird jedoch, daß der damals beantragte Konkurs auch wirklich eröffnet worden ist.

3. Den Begriff der Zahlungseinstellung bestimmt das Gesetz nicht näher. Er entstammt dem kaufmännischen Verkehr und bereitet einer Anwendung auf Nichtkaufleute Schwierigkeiten. Zahlungseinstellung ist jedes den Zustand der Zahlungsunfähigkeit offenbarende Verhalten des Schuldners. Sie kann ausdrücklich oder in schlüssigem Handeln erklärt werden, ausdrücklich z. B. in einem Rundschreiben an die Gläubiger, stillschweigend z. B. dadurch, daß der Schuldner sein Geschäft schließt, flüchtet oder sich verborgen hält. Sie muß sich auf die Allgemeinheit der fälligen Geldschulden beziehen. Das Nichtzahlen muß auf einem Nichtkönnen beruhen. Vorübergehende Zahlungsverlegenheit (Zahlungsstockung) ist keine Zahlungseinstellung. Offenbart die Zahlungsunfähigkeit sich anders als im Verhalten des Schuldners, so liegt keine „Zahlungseinstellung“ vor. Allein der Zweck des § 30 rechtfertigt dessen entsprechende Anwendung auch auf sonstige Äußerungen des Konkursgrundes[1]).

Eine Zahlungseinstellung gewinnt für die Anfechtbarkeit des § 30 nur dann Bedeutung, wenn gerade aus dem durch sie offenbarten Konkursgrunde das Verfahren eröffnet worden ist. Wird der Schuldner wieder zahlungsfähig, weil er neue Mittel oder neuen Kredit (solchen etwa in einer allgemeinen Stundung) erlangt, dann kommen beim Eintritt einer abermaligen, nun zum Konkurse führenden Zahlungsunfähigkeit die Äußerungen jenes überwundenen Konkursgrundes für die besondere Konkursanfechtung nicht weiter in Betracht. Die erste Zahlungseinstellung hat ihre Maßgeblichkeit endgültig verloren. Wie aber der Schuldner seine Zahlungen nur einstellt, wenn er wegen andauernden Geldmangels aufhört, seine Verbindlichkeiten im allgemeinen zu erfüllen, so liegt eine den Konkursgrund behebende Wiederaufnahme der Zahlungen auch nur dann vor, wenn neue Mittel oder neuer Kredit es ihm ermöglicht haben, die Gläubiger in ihrer Allgemeinheit wieder zu befriedigen[2]).

[1]) Es entspricht der Verkehrssicherheit, daß das Gesetz die besondere Konkursanfechtung nicht auf den latenten Zustand der Zahlungsunfähigkeit, sondern auf deutlich wahrnehmbare Äußerungen derselben abstellt. Doch erweist sich der Wortlaut des § 30 als zu eng. Die Praxis hilft sich damit, daß sie alle Erscheinungsformen der Zahlungsunfähigkeit als Zahlungseinstellungen behandelt, was aber nicht nur dem Wort- und Verkehrssinne, sondern auch dem gesetzlichen Sprachgebrauche widerstreitet, demzufolge die Zahlungseinstellung nur eine — wenn auch die wichtigste — Äußerung der Zahlungsunfähigkeit bildet (§ 102 II). Siehe LZ. 1911, Sp. 858ff. Andrerseits kommt nach dem Zwecke des § 30 nur eine echte, wirklich auch auf andauerndem Leistungsunvermögen beruhende Zahlungseinstellung in Betracht, nicht nur eine Vorspiegelung des Konkursgrundes, vielleicht in der Absicht, Zugeständnisse zu erschleichen oder Zwangszugriffe zu hintertreiben (vgl. z. B. RG. Bd. 50, S. 41). Denn, wenn der Konkursgrund nicht in Wahrheit besteht, gebührt noch jedem Gläubiger Vollbefriedigung.

[2]) Nach Einführung der Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses hat sich die Frage erhoben, ob Rechtshandlungen des Aufsichtsschuldners oder des Aufsichtspflegers oder Zwangsvollstreckungen durch einen von der Aufsicht unberührten Gläubiger (vgl. § 6 II AufsVO.) der besonderen Konkursanfechtung des § 30 KO. unterliegen, wenn das Aufsichtsverfahren seinen Zweck verfehlt und in den Konkurs übergeht. Das RG. hat sich mit diesem schwierigen Problem in den Urteilen v. 28. 9. 1920 Bd. 100, S. 62 u. 3. 5. 1921 WarnRspr. 1921 Nr. 132 befaßt und im zweiten Urteile (das eine diese Anfechtbarkeit grundsätzlich ver-

III. Die Absichtsanfechtung (§ 31 KO., § 3 Nr. 1, 2 AnfG.).

1. Die Absichtsanfechtung ist derjenige Anfechtungsgrund, von dem die geschichtliche Entwicklung der ganzen Einrichtung ausgeht[1]), und umfaßt zeitlich das weiteste Anwendungsgebiet. Sie wird in zwei Gruppen behandelt. Im Regelfalle gehört die Benachteiligungsabsicht und ihre Kenntnis zum anspruchbegründenden Tatbestand; im Ausnahmefalle veranlaßt der Verdacht dieser Absicht und ihrer Kenntnis den Gesetzgeber zu einer wesentlichen Erleichterung der Anfechtbarkeit.

2. Regel. Anfechtbar ist jede Rechtshandlung, die der Schuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat (§ 31 Nr. 1 KO., § 3 Nr. 1 AnfG.). Vorausgesetzt wird also dreierlei:

a) Eine „Rechtshandlung" des Schuldners, und zwar im Konkurs aus den letzten dreißig Jahren vor der gerichtlichen Erhebung des Rückgewähranspruchs (§ 41)[2]).

b) Die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen[3]). Im Sinne der Anfechtungslehre ist Absicht der auf den Erfolg der Gläubigerbenachteiligung gerichtete Wille. Daß die Benachteiligung den ausschließlichen oder den letzten Zweck der Schuldnerhandlung bildete, wird nicht vorausgesetzt. Auch mittelbares Wollen genügt[4]). Nicht dagegen Fahrlässigkeit, nicht das Bewußtsein der Benachteiligung. Möglicherweise lassen jedoch die Umstände vom Bewußtsein auf die Absicht schließen. Ob der Schuldner die Benachteiligung aller oder einzelner, bestimmter oder unbestimmter, gegenwärtiger oder künftiger Gläubiger gewollt hat, ist an sich belanglos. Waren aber zur Zeit der Handlung überhaupt keine Schulden vorhanden, so wird sich eine Benachteiligungsabsicht schwer beweisen lassen.

Auch die Deckung — und zwar nicht nur die inkongruente (z. B. verfrühte, durch Leistung an Erfüllungsstatt oder trotz Unerzwingbarkeit, etwa auf Spiel- oder Wettschulden bewirkte), sondern selbst die vollkommen kongruente Deckung —

---

neinende Entscheidung des KG. v. 22.9. 1920, OLG. 42, S. 71 bestätigt) den Schluß gezogen, die Anfechtung sei „zwar nicht unbedingt ausgeschlossen, aber die nach § 30 erforderliche Zahlungseinstellung sei nicht gleichbedeutend mit der Zahlungsunfähigkeit und deren Feststellung bei Einleitung der Geschäftsaufsicht." Das erste Urteil entwickelt in eingehenden Erwägungen folgenden Gedankengang: Da der Schuldner die Aufsichtsgläubiger nicht mehr beliebig befriedigen dürfe (vgl. § 5 Satz 2 AufsVO.), liege insoweit ein weit über eine Zwangsstundung hinaus wirkendes Zahlungsverbot vor; gelinge es nun, die fälligen Forderungen der übrigen Gläubiger während der Aufsicht zu befriedigen, dann werde die alte Zahlungseinstellung durch Wiederaufnahme der Zahlungen (soweit solche erlaubt) ihrer Maßgeblichkeit entkleidet; daraufhin könne aber noch während des Aufsichtsverfahrens die Zahlungsunfähigkeit abermals eintreten und sich in einer abermaligen, den Neugläubigern gegenüber erklärten Zahlungseinstellung offenbaren; komme es infolgedessen zum Konkurse, dann sei diese zweite Zahlungseinstellung „die" Zahlungseinstellung des § 30 KO. Damit ist jedenfalls anerkannt, daß im späteren Konkurs auf die Kenntnis der alten Zahlungseinstellung eine Anfechtung aus § 30 nicht schlechthin gestützt werden kann. Die JurW. 1915, 173 u. 1917, 264 vertretene Grundauffassung wird also gegen JurW. 1919, 373 gebilligt. Wegen der Erstreckung von Anfechtungsfristen, die infolge einer Geschäftsaufsicht nicht gewahrt werden konnten (§ 75 AufsVO.), siehe unten S. 165.

[1]) Eine alienatio in fraudem creditorum und conscientia fraudis wird auch heute im Regelfall vorausgesetzt, im Ausnahmefall immerhin geargwöhnt. Siehe oben S. 95 Note 2.

[2]) Im Regelfalle des § 31 Nr. 1 greift also die Absichtsanfechtung auf ein ganzes Menschenalter vor der Anfechtung zurück (§ 41 I 3, siehe überdies § 41 II). Einzelanfechtung: § 12 AnfG. Erstreckung der Anfechtungsfristen infolge einer Geschäftsaufsicht: § 75 AufsVO. [Siehe unten S. 165].

[3]) Siehe auch die Strafbestimmungen der §§ 239, 243.

[4]) Sonst würde der gesetzliche Regelfall fast aller Bedeutung ermangeln. Aus reiner Bosheit verschleudert ein Schuldner wohl nur selten seine Habe. Der Endzweck seines Handelns geht meist dahin, seine Existenz zu retten oder nahestehende Gläubiger zu begünstigen. Solchenfalls ist die Benachteiligung aller oder aller andern Gläubiger notwendig mitgewollt. Ein eventuelles Wollen der Benachteiligung für einen als möglich vorausgesehenen Fall, z. B. des Fehlschlagens einer Spekulation oder Sanierung, auf deren Gelingen der Schuldner rechnete, liegt durchaus im Bereiche der ratio legis.

einer Konkursforderung kann der Absichtsanfechtung unterliegen. So besonders, wenn der Schuldner seine letzten Mittel einem Gläubiger im Einverständnisse mit diesem und auf Kosten aller übrigen zuwendet. Hier wird die Absichtsanfechtung dringendes Bedürfnis, wenn die Voraussetzungen des § 30 Nr. 1 Fall 2 KO. nicht gegeben oder doch nicht erweislich sind, erst recht, wenn ohne sie die Eröffnung des Konkurses mangels Zulänglichkeit der Masse zur Kostendeckung nicht zu erzielen ist (vgl. §§ 107, 204 KO.)[1]).

c) Endlich muß die Benachteiligungsabsicht dem anderen Teile zur Zeit der Vollendung seines Erwerbes bekannt gewesen sein[2]).

Was die Beweislast betrifft, so ist zur Begründung des Rückgewähranspruchs zu behaupten und im Streitfalle zu beweisen, daß die Rechtshandlung vom Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen, und daß diese Absicht vom Anfechtungsgegner im maßgebenden Zeitpunkt erkannt worden ist. Der Beweis stößt erfahrungsgemäß auf Schwierigkeiten[3]). Er wird dem Anfechtenden erspart, wenn die nun zu betrachtende Besonderheit vorliegt.

2. Ausnahmen. Trifft der Schuldner kurz vor seinem Zusammenbruch mit nahen Angehörigen Abmachungen, die seinen Gläubigern zum Nachteile gereichen, dann liegt der Verdacht der Benachteiligungsabsicht und ihrer Kenntnis so nahe, daß der Gesetzgeber diese Merkmale dem anspruchbegründenden Tatbestand überhaupt nicht einreiht, sondern lediglich dem Gegner einen Entlastungsbeweis vorbehält. In diesem Sinne bestimmt das Gesetz (§ 31 Nr. 2 KO., § 3 Nr. 2 AnfG.): bei entgeltlichen, die Gläubiger schon „durch den Abschluß" (also unmittelbar) benachteiligenden Verträgen, die der Schuldner im Vorjahre des Konkurses (oder der Einzelanfechtung) mit gewissen Angehörigen eingeht, hat (im Streitfalle) nicht der Anfechtende die Kenntnis, sondern der Anfechtungsgegner die Unkenntnis einer Benachteiligungsabsicht des Schuldners zu beweisen. Zur Rechtsvermutung ist der Verdacht auch hier[4]) nicht erhoben. Vielmehr bildet die Behauptung der Redlichkeit den Tatbestand einer rechtsverneinenden Einwendung[5]).

Auf diese Einwendung ist auch der Empfänger einer kongruenten Deckung angewiesen, sobald die Anfechtungserfordernisse des Ausnahmefalles feststehen. Doch liegen die Dinge, wenn der Gegner nur erhalten hat, was ihm gebührte, tatsächlich meistens so, daß er seine Redlichkeit nicht weiter darzutun braucht, ein Erfahrungssatz, der sich im Bereiche freier Stoffwürdigung (§ 286 ZPO.) Geltung verschaffen kann, nicht eine rechtssatzmäßige Umkehr der Beweislast[6]).

---

[1]) In diesem Sinne z. B. RG. Bd. 16, S. 28; Bd. 23, S. 11; Bd. 38, S. 103; LZ. 1911, Sp. 865; JurW. 1919, S. 730.

[2]) Siehe z. B. RG. Bd. 88, S. 217. War der Anfechtungsgegner beim Erwerbe vertreten, so findet der § 166 BGB. unmittelbare Anwendung. Es schadet also z. B. die Kenntnis des das Rechtsgeschäft abschließenden Vormunds, nicht die des durch ihn erwerbenden Mündels. Hatte der Schuldner durch einen Vertreter gehandelt, so wird, was die Absicht zu benachteiligen betrifft, der § 166 BGB. entsprechend verwertbar sein.

[3]) Nicht nur, weil die Absicht des Schuldners und das Erkennen des Gegners „innere" Tatsachen sind, sondern auch wegen der Unsicherheit des Begriffes der Benachteiligungsabsicht. Dem Anfechtungsgegner kann freilich der Eid zugleich darüber, daß sein „Rechtsvorgänger" (der Schuldner) die Gläubiger benachteiligen wollte, und über das Erkennen dieser Absicht zugeschoben werden (§§ 445, 459 ZPO.), aber in ersterer Hinsicht nur unter Angabe bestimmter, für die behauptete Absicht schlüssiger Tatsachen (§ 451 ZPO.), eine ebenso heikle, als riskante Beweisführung.

[4]) So wenig wie im Falle des § 30 Nr. 2 KO.

[5]) Eine Folge dieser Regelung siehe unten S. 113 Note 4.

[6]) So mit Recht die Praxis, z. B. RG. Bd. 51, S. 76, Gruchots Beitr. 47, S. 429; 50, S. 1147; 54, S. 627. Auch gegenüber Akten, die als „reine Erfüllungsgeschäfte" auftreten, bleibt also dem anfechtenden Verwalter oder Einzelgläubiger die Aufdeckung der wahren Sachlage erspart, ein erwünschtes Ergebnis, weil nicht selten die angebliche Forderung des Angehörigen (der persona suspecta) nur eine erdichtete ist. Und steht einmal fest, daß der Gesetzeszweck nur dann

IV. Die Schenkungsanfechtung (§ 32 KO., § 3 Nr. 3, 4 AnfG.)

1. Das geltende Recht unterwirft Freigebigkeiten als solche einer selbständigen Rückgewährpflicht[1]). Dies rechtfertigt sich bei angemessener zeitlicher Begrenzung aus Rücksichten der Billigkeit, und zwar auch für solche Fälle, in denen die Zuwendung sich erst infolge des Hinzutretens weiterer Umstände zu einer Benachteiligung der Gläubiger auswächst[2]). Denn im Falle des Widerstreits verdient entgeltlicher Erwerb den Vorrang vor unentgeltlichem (vgl. auch §§ 63 Nr. 4, 226). Anfechtbar sind „unentgeltliche Verfügungen" aus dem letzten und, wenn sie zugunsten des Ehegatten erfolgten, auch aus dem vorletzten Jahre vor dem Konkurs oder der Einzelanfechtung. Ältere Freigebigkeiten können noch der Absichtsanfechtung ausgesetzt sein.

a) Den Hauptfall der unentgeltlichen Verfügung im Sinne des § 32 KO. (§ 3 Nr. 3, 4 AnfG.) bildet der Schenkungsvertrag (§ 516 BGB.) mit Einschluß der verschleierten, d. h. durch ein entgeltliches Scheingeschäft verdeckten Schenkung (vgl. § 117 II BGB.). Darum nennen wir die Rückforderung von Freigebigkeiten als solchen „Schenkungsanfechtung". Schenkungsversprechen und Schenkungsvollzug (Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft) bilden, wenn sie ein einheitlicher Zuwendungswille verbindet, nach dem Zwecke der Gläubigeranfechtung als Ganzes „die" unentgeltliche Verfügung des Schuldners. Solchenfalls genügt es zur Anfechtbarkeit, daß ein wesentlicher Bestandteil des Erfüllungsgeschäftes (im Bereiche des Grundbuchverkehrs, z. B. die Eintragung) innerhalb der Anfechtungsfristen liegt, mag der Schuldner auch die freigebige Verpflichtung schon vorher übernommen haben. Verschafft sich dagegen der Freigebigkeitsgläubiger ohne oder wider den Willen des Schuldners im Aufrechnungs- oder Vollstreckungswege Befriedigung, so bildet zwar das Schenkungsversprechen des Schuldners, nicht aber dessen Vollzug eine „von ihm vorgenommene" Freigebigkeit. Hier muß also bereits das Versprechen, wenn die Schenkungsanfechtung statthaft sein soll, innerhalb der kritischen Fristen erfolgt sein[3]).

b) Die Schenkung stellt nur den regelmäßigen, nicht den ausschließlichen Anwendungsfall „unentgeltlicher Verfügungen" dar. Eine rechtsgeschäftliche Einigung zwischen Spender und Erwerber über die Unentgeltlichkeit wird nicht vorausgesetzt. Die Bewidmung der Stiftung durch den Stifter (vgl. § 82 BGB.), die bewußte Zahlung auf eine nicht bestehende, aber vom Empfänger für bestehend er-

---

voll zu erreichen ist, wenn auch die Erfüllungsgeschäfte der Sonderbehandlung des § 31 Nr. 2 KO. und des § 3 Nr. 2 AnfG. zugänglich sind, dann muß das Geben und Nehmen einer Leistung zum Zwecke der Erfüllung im Sinne dieser Vorschriften stets als „entgeltlicher Vertrag" gelten, mag auch im Einzelfalle der Erfüllungserfolg nicht als Willenswirkung anzusehen sein.

[1]) Die Schenkungsanfechtung ist nicht mehr eine Unterart der Absichtsanfechtung. Siehe dagegen oben S. 95 Note 2.

[2]) Das allgemeine Anfechtbarkeitserfordernis der Gläubigerbenachteiligung gilt auch hier; doch braucht diese, da keine Besonderheit verordnet ist, der Regel entsprechend nur eine mittelbare zu sein, also nicht schon im Zeitpunkte der Zuwendung selbst einzutreten. Der Bestand einer Schenkung, auch einer vollzogenen, kann daher auch durch später erst entstehende Schulden in Frage gestellt werden. Siehe oben § 19 unter I 2.

[3]) Eine viel umstrittene Frage. Freilich beruht der Erwerb des Gläubigers auch hier auf einem unentgeltlichen Rechtsgrund. Allein das Gesetz verlangt mit klaren Worten, daß der Schuldner selber die Freigebigkeit (wenn diese schon als solche anfechtbar sein soll) während der Ein- oder Zweijahrsfrist „vorgenommen" hat. Bei erzwungener Erfüllung bilden Versprechen und Vollzug eben nicht eine einheitliche Rechtshandlung des Schuldners. Wohl aber kann seine anfechtbare Rechtshandlung wie sonst auch in einem Verpflichtungsgeschäfte (im Schenkungsversprechen) bestehen. Daß „die unentgeltliche Verfügung" des Anfechtungsrechtes eine „Verfügung" im engeren Fachsinne des BGB. sein müßte, trifft hier ebensowenig zu als etwa bei den Wendungen „letztwillige Verfügung", „Verfügung von Todes wegen". Bei einverständlichem Zusammenwirken des Schuldners und des Gläubigers kann, wie schon S. 97, Note 3 bemerkt, auch der im Vollstreckungsweg erlangte Erwerb eine Zuwendung „des Schuldners" sein.

achtete Schuld (vgl. § 814 BGB.) ist nach dem Zwecke des Gesetzes eine als solche anfechtbare Freigebigkeit. Desgleichen die Aufgabe des Eigentums an einer Sache, damit ein anderer sich diese ohne Leistung eines Gegenwertes aneigne (§ 958 BGB.), oder der unentgeltliche Verzicht auf einen Nießbrauch (§ 1064 BGB.) oder auf ein Fahrnispfand (§ 1255 BGB.), ebenso ein gerichtlicher Verzicht oder ein gerichtliches Anerkenntnis in freigebiger Absicht (§§ 306f. ZPO.). Ob eine Leistung des Empfängers als Entgelt (Äquivalent) für die Leistung des Schuldners anzusehen sei, das hängt nicht rein objektiv vom Wertverhältnis, sondern zunächst von der Veranschlagung durch die Beteiligten ab. Wer aus Not unter Wert verkauft oder aus Liebhaberei über Wert einkauft, nimmt auch hinsichtlich des Wertunterschieds keine unentgeltliche Verfügung vor: dort bringt der Verkäufer sein Interesse an der Erlangung von Barmitteln, hier der Käufer sein Affektionsinteresse mit in Ansatz.

c) Die Erfüllung einer eigenen rechtsbeständigen Verbindlichkeit bildet, für sich betrachtet, einen entgeltlichen Vorgang. Das Entgelt liegt in der Schuldbefreiung. Besteht also die Verbindlichkeit (z. B. als Aussteuerpflicht im Sinne des § 1620 BGB.) schon kraft Gesetzes, dann bleibt ihre Erfüllung der Schenkungsanfechtung entrückt. Ist die Verbindlichkeit rechtsgeschäftlich begründet worden, so kann die Begründung (z. B. durch ein formrichtiges Schenkungsversprechen) eine Freigebigkeit darstellen[1]), die Erfüllung für sich allein aber nicht. Leistet der Schuldner zu dem Zweck, eine erfüllbare, aber nicht erzwingbare Pflicht (z. B. eine Spiel- oder Wettschuld) zu erfüllen[2]), dann liegt auch in dieser Leistung keine Freigebigkeit. Gleiches gilt von der mit Erfüllungsabsicht bewirkten, zwar nicht durch Rechtssatz, aber durch Sitte und Anstand gebotenen Leistung (z. B. einer angemessenen Ausstattung im Sinne des § 1624 BGB.)[3]). Das Gesetz geht aber noch weiter. Durch positive Vorschriften entzieht es Zuwendungen, die nach Anlaß, Art und Maß gebräuchliche Gelegenheitsgaben darstellen (z. B. angemessene Weihnachts-, Hochzeits- oder Taufgeschenke) der Schenkungsanfechtung selbst dann, wenn beide Teile die Zuwendung als Freigebigkeit betrachten (§ 32 Nr. 1 KO., § 3 Nr. 3 AnfG.)[4]). Die Erfüllung einer fremden Schuld kann reine Freigebigkeit sein, wenngleich die Forderung des Gläubigers auf einem rechtsbeständigen und entgeltlichen Rechtsgeschäft beruht. Macht auch der Gläubiger einen nur durch Einbuße der Forderung erkauften und insofern entgeltlichen Erwerb, so kann doch vom Standpunkte des Zahlenden aus, auf den es hier ankommt (§ 37 KO., § 7 AnfG.), die Leistung ein ohne jedes Entgelt bewirktes Vermögensopfer darstellen[5]).

---

[1]) Die gesondert oder mit der Erfüllung anfechtbar sein kann. Siehe den Text oben unter a.

[2]) Vgl. §§ 762, 764, aber auch §§ 222, 656 BGB.

[3]) Für den Überschuldeten besteht freilich eine solche Pflicht auch nicht als sittliche. Wo sie aber als sittliche besteht und erfüllt wird, erscheint die Anfechtbarkeit (vielleicht um später begründeter Schulden willen) nicht nur als unverständliche Härte. Sie widerstreitet auch der in den §§ 534, 814, 1620 BGB. zur gesetzlichen Anerkennung gelangten Verkehrsauffassung.

[4]) Beispiel. Der Braut oder dem Bräutigam macht ein reicher Verwandter oder Freund bei der Hochzeit zu Ausstattungszwecken eine die Schranken des Üblichen nicht übersteigende Schenkung. Ein halbes Jahr später reißt der Ruin seines Bankhauses den Spender unversehens in Konkurs. Die Schenkungsanfechtung ist ausgeschlossen. Anders liegt der Fall, wenn die Zuwendung nach Art oder Umfang keinen inneren Zusammenhang hat mit der „Gelegenheit", zu der sie betätigt wird, wie etwa die Schenkung ungewöhnlich kostbarer Schmucksachen aus Anlaß einer Liebschaft, wenn auch gelegentlich eines Festes (vgl. OLG. 48, S. 72). Die sog. „Weihnachtsgratifikationen" an Angestellte bilden nicht selten bedungene Dienstbezüge (vgl. § 61 Nr. 1) und gehören dann als entgeltliche Leistungen überhaupt nicht hierher.

[5]) Im Ergebnis übereinstimmend z. B. RG. Bd. 10, S. 87; Bd. 38, S. 8; Bd. 51, S. 415. In zutreffender Würdigung des Anfechtungszweckes erkennt RG. Bd. 10, S. 87; Bd. 92, S. 227 an, daß auch die Freigebigkeitsanfechtung eine Bereicherung des Empfängers im Sinne endgültiger Vermögensmehrung nicht voraussetzt.

d) Die Anfechtbarkeit unentgeltlicher Zuwendungen an den Ehegatten[1]) ist zeitlich erweitert. Sie greift auf die letzten zwei Jahre vor dem Konkurs oder der Einzelanfechtung zurück (§ 32 Nr. 2 KO., § 3 Nr. 4 AnfG.). Die Ausnahme verfolgt aber keinen anderen Zweck als den, die Anfechtungsfrist zu erstrecken. An der begrifflichen Abgrenzung der Freigebigkeiten durch § 32 Nr. 1 KO., § 3 Nr. 3 AnfG. will sie selbstverständlich nichts ändern. Darum bleiben gebräuchliche Gelegenheitsschenkungen an Ehegatten nicht minder als solche an Dritte der Schenkungsanfechtung entzogen[2]).

Für die Anfechtbarkeit ehegüterrechtlicher Verträge gelten heute die allgemeinen Regeln. Eine Schenkungsanfechtung bleibt daher beispielsweise außer Betracht, wenn der Ehemann beim Güterstande der Nutzverwaltung die nach § 1391 BGB. geschuldete Sicherheit oder die nach § 1421 BGB. geschuldete Rückgewähr geleistet hat. Denn er hat insoweit nur eine Verbindlichkeit gegenüber der Frau erfüllt[3]).

Auch für die Anfechtbarkeit einer Begünstigung des Ehegatten durch Verträge auf Leistung an einen Dritten (§§ 328ff. BGB.) sind Besonderheiten nicht vorgesehen. Hier spielen Zuwendungen unter Lebenden[4]) und solche von Todes wegen, besonders als Lebensversicherungen auf den Todesfall, eine erhebliche Rolle. Meist liegen die Dinge so, daß der Vertrag zugunsten eines Dritten unter den Vertragsgenossen selbst unanfechtbar, die durch den Vertrag vermittelte Zuwendung an den Dritten aber anfechtbar ist, namentlich als Freigebigkeit des Versprechensempfängers (nachmaligen Gemeinschuldners) zugunsten des Dritten (z. B. dessen Ehegatten). Zugewendet wird dem Dritten die ganze auf Grund des Vertrags an ihn bewirkte Leistung (z. B. die Versicherungssumme); zurückzugewähren aber hat er nur, was innerhalb der kritischen Fristen auf Kosten der Masse weggegeben worden ist (z. B. den Versicherungsaufwand dieser Zeit). Anders liegt der Fall, wenn der Versprechensempfänger (z. B. Versicherungsnehmer) zunächst selbst der Berechtigte war und erst später über sein Recht zugunsten des Dritten anfechtbar (z. B. unentgeltlich) verfügt hatte. Hier ist auf Kosten der Konkursmasse der ganze Wert der Vertragsleistung (also z. B. der volle Zukunftswert der Versicherung, nicht nur der Versicherungsaufwand, aber auch nicht nur der Zeitwert, den die Versicherung bei der Verfügung oder beim Erbfall hat) aufgeopfert und dementsprechend nach § 37 zurückzugewähren[5]).

---

[1]) An den Ehemann oder an die Ehefrau (während der Ehe, nicht an den Bräutigam oder an die Braut, auch nicht an eine noch so reichlich beschenkte Konkubine). Fristverlängerung infolge einer Geschäftsaufsicht: § 75 AufsVO. [unten S. 165].

[2]) Abw. z. B. OLG. 19, S. 208 (eine Glanzleistung vernunftwidriger Buchstabenauslegung).

[3]) Anders die ältere, durch die reichsgesetzliche Regelung des ehelichen Güterrechts verdrängte Gesetzesfassung. Ob etwa eine Anfechtbarkeit nach § 30 oder nach § 31 KO. (§ 3 Nr. 1, 2 AnfG.) besteht, ist eine andere, aber gleichfalls nach allgemeinen Regeln zu beurteilende Frage.

[4]) Beispiel. Hatte der nachmalige Gemeinschuldner ein an sich nur auf 100000 zu wertendes Grundstück an einen darauf besonders erpichten Interessenten zum Preise von 200000 verkauft und bereits im Kaufvertrage die Zahlung dieser 200000 schenkweise an seine Ehefrau ausbedungen, dann geht die Rückgewährforderung der Konkursmasse (§ 32 Nr. 2 mit § 37) gegen die Ehefrau dahin, daß diese den Anspruch auf die 200000 an die Konkursmasse abtrete. Hat die Frau den Kaufpreis bereits erhalten, dann muß sie ihn voll — als gutgläubige Empfängerin in den Grenzen der Bereicherung (§ 37 II) — zur Masse erstatten. Der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch der Masse hat also hier denselben Inhalt wie dann, wenn der Ehemann den Kaufpreis ursprünglich sich selber hatte versprechen lassen und später seine Forderung an die Frau verschenkte. Nur beginnt letzternfalls die Anfechtungsfrist (§ 32 Nr. 2) erst mit der Abtretung, ersterenfalls bereits mit dem Kaufabschluß. Auch im ersten Falle war der volle Wert von 200000 auf Kosten der Masse aufgeopfert worden, weil das Grundstück diesen Wert darstellte, sobald ihn der zahlungsfähige Bieter zu leisten bereit war.

[5]) Beispiel. Hatte der nachmalige Gemeinschuldner eine Lebensversicherung auf den Todesfall zugunsten seiner Ehefrau für ein Kapital von 100000 abgeschlossen, dann gehört, wenn er stirbt und über seinen Nachlaß Konkurs eröffnet wird, der Anspruch auf die Versicherungssumme nicht zum Nachlaß und darum auch nicht zur Nachlaßkonkursmasse, sondern un-

e) Die Beweislast dafür, daß der Schuldner die Zuwendung unentgeltlich und innerhalb der kritischen Zeit vorgenommen hat, trägt der den Rückgewähranspruch erhebende Konkursverwalter oder Einzelgläubiger, auch bei Zuwendungen an nahe Angehörige des Schuldners. Eine Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht des Schuldners und deren Kenntnis setzt die Schenkungsanfechtung nicht voraus. Auch ist die Vermögenslage des Spenders im Zeitpunkte der Zuwendung unwesentlich.

2. Einer übertragenen Schenkungsanfechtung unterwirft das Gesetz die Deckung von Pflichtteilen, Vermächtnissen oder Auflagen. Wenn nämlich der Erbe solche Schulden für Rechnung des Nachlasses erfüllt oder sicherstellt, so deckt er damit zwar eigene rechtsbeständige „Verbindlichkeiten" (§§ 1967 II, 1979 BGB.). Die Leistung soll aber „wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben" anfechtbar sein, weil diese Verbindlichkeiten im Verhältnisse zu andern Nachlaßschulden keinen stärkeren Schutz verdienen als Freigebigkeiten (§ 222 [§ 236] KO., § 3a AnfG. Vgl. § 228 I KO.)[1]).

V. Anfechtbarkeit der Teilhaber-Begünstigung nach § 342 HGB.

Eine eigenartige Anfechtbarkeit sieht der § 342 HGB. vor. Sie steht selbständig neben den Anfechtungsgründen der §§ 30—32 (vgl. § 3 I EG.KO.) und greift nur zugunsten einer Konkursmasse, nicht auch außerhalb des Konkurses zugunsten von Einzelgläubigern Platz. Hat nämlich ein Kaufmann seinem stillen Gesellschafter ganz oder teilweise dessen Einlage zurückgewährt[2]) oder dessen Verlustanteil erlassen, so sind diese Zuwendungen im Konkurse des Geschäftsinhabers als solche[3]) anfechtbar, wenn sie auf Grund einer im Konkursvorjahre getroffenen Übereinkunft[4]) erfolgten. Nur steht dem stillen Gesellschafter der rechtsverneinende Ein-

---

mittelbar zum Vermögen der Witwe (§ 330 BGB., vgl. § 167 VVG.). Ihre Rückgewährpflicht aus § 32 Nr. 2 mit § 37 beschränkt sich auf den Versicherungsaufwand der letzten zwei Jahre vor Konkursbeginn (Prämien samt Kosten und Steuern). Hätte der Mann schon drei Jahre vorher durch Zahlung einer Einheitsprämie seiner Verpflichtung als Versicherungsnehmer voll genügt, dann würde die Schenkungsanfechtung gänzlich versagen. Hätte er erst während der letzten zwei Jahre die ursprünglich nicht zugunsten eines Dritten abgeschlossene Versicherung unentgeltlich seiner Ehefrau zugewendet, dann müßte diese die volle Versicherungssumme zurückgewähren. Siehe aus der Rechtsprechung RG. Bd. 61, S. 218; Bd. 62, S. 46; Bd. 66, S. 158. Gerät der Versicherungsnehmer in Konkurs, ehe der Versicherungsfall eingetreten ist, so übt der Konkursverwalter nach § 6 die Rechte des Versicherungsnehmers (z. B. den Rückkauf, den Widerruf der Bestimmung eines Bezugsberechtigten) aus.

[1]) Beispiel. Innerhalb der letzten zwei Jahre vor Eröffnung des Nachlaßkonkurses übereignet der Erbe an seine Ehefrau ein ihr vermachtes Grundstück. Zu dieser Zeit sprechen die Umstände für volle Zulänglichkeit des Nachlasses. Ein späterer Verlust führt unversehens zur Überschuldung und zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses. Die Frau hat nach § 32 Nr. 2 mit § 37 das Grundstück zur Nachlaßkonkursmasse zurückzugewähren.

[2]) Auch durch Leistung an Erfüllungsstatt, auch durch Sicherstellung der Rückgewähr (etwa im Wege der Sicherungsübereignung). Immer aber wird ein Handeln des Gemeinschuldners vorausgesetzt.

[3]) Also ohne daß die Voraussetzungen des § 30 (Krisengeschäfte) oder des § 31 (Benachteiligungsabsicht) oder des § 32 KO. (Freigebigkeit) vorzuliegen brauchten. Der § 342 HGB. ist auch nicht etwa unter dem Gesichtspunkt eines Verdachts dem einen oder andern Tatbestande der KO. eingereiht, sondern steht durchaus selbständig neben diesen und kann mit ihnen konkurrieren. Stützt aber der Konkursverwalter den anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch auf einen Tatbestand der §§ 30—32 KO., dann schlägt der Einwand des § 342 II HGB. nicht durch. Das allgemeine, jeder Gläubigeranfechtung begriffswesentliche Erfordernis einer (wenigstens mittelbaren) Gläubigerbenachteiligung gilt auch für den § 342 I HGB. Die §§ 35—41 KO. sind anwendbar (§ 342 III HGB.). Auch die Form der Geltendmachung ist die gleiche wie bei den Anfechtungsarten der KO.

[4]) Die Übereinkunft muß innerhalb des Konkursvorjahres abgeschlossen sein; innerhalb dieser Zeit muß also der Geschäftsinhaber sich dazu verstanden haben, die Preisgabe der Garantiehaft zu bewilligen. War die Übereinkunft schon früher erfolgt, aber erst im Konkursvorjahr ausgeführt worden, dann versagt die besondere Anfechtbarkeit des § 342 HGB. So aber stets

wand offen, daß der Konkurs seinen Grund in Umständen habe, die erst nach jener Übereinkunft und (was der Zweck des Gesetzes ergibt) unabhängig von ihr eingetreten sind. So etwa wenn der Konkurs nur die Folge einer später unternommenen und fehlgeschlagenen Spekulation oder des späteren Zusammenbruchs eines dem Schuldner nahestehenden Hauses ist.

Die Anfechtbarkeit des § 342 HGB. beruht auf dem Gedanken, daß der stille Teilhaber in den Grenzen seiner Verlustbeteiligung nicht wie ein Darlehnsgeber mit den Geschäftsgläubigern konkurriert, sondern eine Garantiehaft trägt (vgl. § 341 I HGB.). Diese Sicherheit darf der Geschäftsinhaber nicht willkürlich noch kurz vor seinem Konkurse verkümmern. Jenseits der Garantiegrenzen aber ist der stille Teilhaber Konkursgläubiger. Darum wird trotz der uneingeschränkten Fassung des § 342 I HGB. die Rückgewähr des den Verlustanteil übersteigenden Einlagewertes als Befriedigung eines Konkursgläubigers (§ 341 I HGB.) lediglich unter den Voraussetzungen der §§ 30, 31 KO. anfechtbar sein[1]).

§ 20.

c) Wesen und Inhalt der Anfechtbarkeit.

I. Aus dem Anfechtungstatbestand erwächst von Rechts wegen ein Schuldverhältnis, kraft dessen der Anfechtungsgegner verpflichtet ist, den durch die anfechtbare Handlung vereitelten Gläubigerzugriff wieder zu ermöglichen. Der Anspruch auf Rückgewähren (restituere) in diesem Sinne bildet innerhalb des Konkurses einen Bestandteil der gemeinsamen Befriedigungsmasse, außerhalb des Konkurses ein Sonderrecht des Einzelgläubigers.

1. Die Haftung des Anfechtungsgegners (die Anfechtbarkeit) besteht unmittelbar kraft Gesetzes, sie entsteht nicht etwa erst auf Grund einer rechtsgestaltenden Willenserklärung, und ist schuldrechtlicher Art.

a) Die Rückgewährpflicht ist begründet, sobald alle Begriffsmerkmale des gesetzlichen Tatbestandes erfüllt sind, und zwar dann schon von Rechts wegen. Sie entsteht nicht etwa erst mit Abgabe einer rechtsgestaltenden Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. „Anfechten“ bedeutet hier nicht eine private oder gerichtliche Umstoßung (Vernichtung) des benachteiligenden Vorgangs, sondern das Verlangen einer Rückgewähr, deren Vollzug die den Gläubigern nachteiligen Folgen der anfechtbaren Handlung ausgleichen soll. Eine Handlung ist „anfechtbar“, sie „kann angefochten werden“, besagt also: sie begründet einen Anspruch auf Rückgewähr[2]). Den Inhalt dieses Schuldverhältnisses bestimmt das Gesetz ganz selbständig und eigenartig (§§ 37—40 KO., §§ 7, 8, 11 AnfG.), keineswegs etwa im Sinne einer an Vernichtung des rechtlichen Erwerbsgrundes anknüpfenden Bereicherungshaftung. Die anfechtbaren Benachteiligungen sind nicht bloß Rechtsgeschäfte oder sonstige Erscheinungen des bürgerlichen Rechts, vielmehr zu einem sehr erheblichen Teile auch Akte des

---

auch dann, wenn nicht eine Bewilligung des Geschäftsinhabers, sondern von vornherein schon der (wenn auch erst im Konkursvorjahre zustandegekommene) Gesellschaftsvertrag selber die Rückgabepflicht begründet (vgl. RG. Bd. 84, S. 438). Erst recht dann, wenn der ganze Gesellschaftsvertrag nichtig oder nach § 142 BGB. (z. B. wegen arglistiger Täuschung) rückwirkend vernichtet worden war, der Dritte sein Kapital also überhaupt nicht als Gesellschafter zurückerhalten hatte (vgl. RG. LZ. 1915, Sp. 507).

[1]) Die Erlassung des die Garantiehaft übersteigenden Teiles der rückständigen Einlage ist überhaupt nicht anfechtbar, auch nicht nach den Vorschriften der KO. Denn durch sie wird wie der § 342 II HGB. ergibt, die Konkursmasse nicht verkürzt. Es fehlt also am allgemeinen Benachteiligungserfordernisse. Siehe oben Seite 109 Note 3.

[2]) Ähnlich spricht man in Fällen des § 2329 BGB. davon, daß der Pflichtteilsberechtigte die (den Pflichtteil verkürzende) Schenkung anfechte. Auch dort stellt die Haftung des Dritten ein unmittelbar im Gesetze begründetes Schuldverhältnis dar.

öffentlichen Rechts, besonders Verurteilungen und Zwangsvollstreckungen (vgl. § 35 KO., § 6 AnfG.). Schon deshalb kann von einer Maßgeblichkeit der §§ 142, 143 BGB. keine Rede sein. Zudem sind dem bürgerlichen Recht Anfechtungen mit der Folge einer nur relativen Vernichtung des Erwerbsgrundes fremd[1]).

b) Die Rückgewährpflicht ist ein gesetzliches Schuldverhältnis eigener Art. Sie stellt keine Bereicherungshaftung dar, da sie weder auf dem Mangel eines rechtlichen Erwerbsgrundes beruht noch auf die Bereicherung beschränkt ist[2]). Sie bildet als solche aber auch keine Haftung aus unerlaubter Handlung, da nicht einmal die Absichtsanfechtung die Begriffsmerkmale eines Deliktstatbestandes im Sinne des bürgerlichen Rechts enthält[3]) und auch sie ein inhaltlich von der Schadensersatzpflicht wegen unerlaubten Verhaltens verschiedenes Schuldverhältnis auslöst[4]).

2. Dem Inhalte nach bestimmt der § 37 KO. die Haftung des Anfechtungsgegners als die Pflicht, alles, was auf Kosten des Schuldnervermögens (durch Rechtsübertragung, Rechtseinräumung, Rechtsverzicht) aufgeopfert worden war, zur Konkursmasse zurückzugewähren. Damit stellt das Gesetz zugleich klar, in welchem Sinne es um der Konkursgläubiger willen dem anfechtbaren Akte die Wirksamkeit versagt[5]).

a) In erster Linie geht der Anfechtungsanspruch auf Rückgewähr in Natur, ohne daß der Gegner (auch bei gutem Glauben) zur Einlösung befugt wäre.

---

1) In der heutigen Rechtsprechung ist die (schon vor 1900 herrschende) Auffassung der Anfechtbarkeit als gesetzlichen Schuldverhältnisses anerkannt (siehe z. B. RG. Bd. 42, S. 367, Bd. 52, S. 340; Bd. 58, S. 44, 107; Bd. 70, S. 113; Bd. 71, S. 176; Bd. 91, S. 369). Sie entspricht auch der überwiegenden Meinung des Schrifttums (jetzt z. B. auch Th. Wolff, KO.² § 29 Anm. 13, 14). Die Anwendbarkeit der §§ 142, 143 BGB. vertreten besonders Hellwig, ZZP. 26, 474ff. u. Hellmann, Lehrb. § 34. Eine eigenartige, vorwiegend auf den Sonderfall der Einzelanfechtung durch Einrede zugeschnittene Lehre hat Geib, Arch.ZivPrax. 113, 335ff. u. 119, 157ff. (vgl. LZ. 1922, Sp. 601ff.) aufgestellt. Er nimmt an, daß der anfechtbare Erwerb von vornherein und unmittelbar (nicht erst kraft vernichtender Erklärung) dergestalt „unwirksam" sei, daß ihn der Anfechtende kraft publizistischer Anfechtungsbefugnis in die Zwangszugriffsmasse einbeziehen dürfe; daß aber wegen des Vollstreckungsausfalles eine privatrechtliche Geldersatzpflicht des Erwerbers bestehe.

2) Vgl. §§ 812, 818 BGB. Nur als Ausnahme kommt eine Beschränkung der Rückgewährpflicht auf die Bereicherung vor (§§ 37 II, 40 III KO., §§ 7 II, 11 III AnfG.).

3) Wirft der nachmalige Gemeinschuldner als Wechselgläubiger vor den Augen des Wechselschuldners und in der ausgesprochenen Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, den Wechsel ins Feuer, dann ist der besondere Tatbestand der Absichtsanfechtung erfüllt, keineswegs aber notwendig auch ein solcher des § 823 oder des § 826 BGB.

4) Die herrschende Doktrin des gemeinen Rechts erblickt in der actio Pauliana eine Deliktsklage. Das deutsche Recht lehnt diese Vorstellung frühzeitig ab (vgl. Alf. Schultze, Savigny Z. Bd. 41, German. Abt. S. 210ff.). Von der heutigen Rechtslehre wird die deliktische (wie die kondiktizische) Natur der Anfechtungsschuld fast einhellig verworfen. In der Praxis haben die VZS. des RG. bereits im Urteil vom 28. VI. 1888 Bd. 21, S. 420 dem Rückgewähranspruch aus § 30 Nr. 2 KO. Deliktsnatur und Verfolgbarkeit im Gerichtsstande des § 32 ZPO. abgesprochen, was für alle Fälle der besonderen Konkursanfechtung und der Schenkungsanfechtung festgehalten wird (LZ. 1915 Sp. 369). Anders für die Absichtsanfechtung RG. Bd. 48, S. 402 u. ö. Daß kein Anfechtungstatbestand als solcher schon die Anwendbarkeit einerseits der §§ 823 II, 826, andrerseits der §§ 134, 138 BGB. rechtfertigt, gibt das RG. in zahlreichen neuen Erkenntnissen zu (vgl. z. B. Bd. 56, S. 230; Bd. 69, S. 146; Bd. 74, S. 225; LZ. 1912 Sp. 183; 1917, Sp. 257). Damit hat es die rechte Bahn betreten. Vereinzelt finden sich aber heute noch Schriftsteller, die jeden Anfechtungsanspruch als Deliktsanspruch ansehen und sich mit der Phrase vom „antisozialen Verhalten" begnügen. Möglicherweise freilich konkurrieren Anfechtungs- und Deliktsanspruch. So etwa, wenn der Anfechtungsgegner selbst den Schuldner zu einer Begünstigung im Sinne des § 241 KO. verleitet hat. Solchenfalls muß aber nach dem Zwecke des § 37 KO. die Rückgewährforderung der Konkursmasse etwaigen Schadensersatzansprüchen einzelner Gläubiger vorgehen.

5) Inwiefern dieser „als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" angefochten werden kann (§ 29). Dem Anfechtungszwecke genügt es, daß die den Konkursgläubigern nachteiligen Folgen des anfechtbaren Aktes beseitigt werden. Dazu ist der Anfechtungsgegner schuldrechtlich verpflichtet. Nur in diesem beschränkten Sinne besteht eine „Unwirksamkeit" des Benachteiligungsaktes. Dabei darf das Wort „zurückgewähren" (restituere)

Diese Rückgewähr besteht bei anfechtbarer Übertragung in der Rückübertragung (Rückübereignung, Rückabtretung) an die Konkursmasse[1]), bei anfechtbarer Begründung dinglicher Lasten (z. B. von Pfändungspfandrechten) in deren Aufgabe zugunsten der Konkursmasse, bei anfechtbarem Unterlassen in der Wiederausgleichung des der Masse Entgangenen (z. B. nach unterlassenem Unterbrechen der Verjährung im Verzicht auf die Verjährungseinrede).

b) Soweit die Rückgewähr in Natur untunlich ist, wie etwa in Fällen einer anfechtbaren Geldzahlung, einer durchgeführten Geldvollstreckung oder der Zerstörung des Anfechtungsgegenstandes, haftet der Anfechtungsgegner auf Werterstattung. Auch dies bestimmt der § 37 selbst, indem er den Gegner schlechthin[2]) verpflichtet, den Ausfall auszugleichen, den die Konkursmasse infolge der anfechtbaren Vermögensentäußerung erlitten hat.

c) Auch das Ziel der Einzelanfechtung wird als „Rückgewähr" bezeichnet: Der Anfechtungsgegner hat den anfechtbar veräußerten Gegenstand zum Zwecke der Befriedigung des anfechtenden Gläubigers so „zurückzugewähren", als ob der Gegenstand noch zum Schuldnervermögen gehörte (§ 7 AnfG.). Während aber die konkursrechtliche Rückgewähr zur gemeinsamen Befriedigungsmasse fließen muß, um den benachteiligten Gläubigern zugeführt werden zu können (§§ 3, 37 KO.), wird dem Zwecke der Einzelanfechtung genügt, wenn der Anfechtungsgegner dem anfechtenden Gläubiger den Zwangszugriff so gewährt, als gehörte der aufgeopferte Gegenstand noch zum Schuldnervermögen. Diese Herstellung des vereitelten Sonderzugriffs kann eine Auskunft über Umfang und Entwicklung des anfechtbaren Erwerbs (namentlich bei der Veräußerung eines Sachenbegriffs oder ganzen Vermögens), die Herbeischaffung verschleppter Sachen, die Neuerrichtung von Urkunden einschließen, also positive Leistungen erfordern. Häufig aber wird der Einzelanfechtungsanspruch schon dadurch erfüllt, daß der Anfechtungsgegner den Zwangszugriff des anfechtenden Gläubigers auf den Anfechtungs-

---

nicht zu der Auslegung verleiten, als müsse der zur Masse zu leistende Gegenstand schon in derselben Gestalt dem Schuldnervermögen angehört haben. War ein schuldrechtlicher Anspruch auf Verschaffung einer bestimmten (z. B. gekauften oder vermachten) Sache anfechtbar abgetreten und die Erfüllung an den Anfechtungsgegner bewirkt worden, dann ist die ihm geleistete Sache selber Rückgewährgegenstand, obgleich der Gemeinschuldner ihr Eigentum nie erworben hatte. Entsprechendes gilt bei anfechtbaren Verträgen auf Leistung an Dritte. Herzustellen ist also der Zustand, in dem sich die Konkursmasse befinden würde, wenn die anfechtbare Vermögensentäußerung unterblieben wäre, nicht gerade der Zustand, in dem das Schuldnervermögen sich vor jener Entäußerung befunden hat. Allemal aber wird eine Vermögensentäußerung vorausgesetzt, deren nachteilige Folgen die „Rückgewähr" ausgleichen soll.

[1]) Also an den Masseträger als solchen, bei Grundstücken unter gleichzeitiger Eintragung des Konkursvermerks (§ 113). So wird der Konkursverwalter in die Lage versetzt, eine anfechtbar veräußerte (z. B. verschenkte) Sache als Massebestandteil ihrer Bestimmung (§ 3) zuzuführen. Sind Rückgewähr und Verwertung gleichzeitig ausführbar, dann läßt sich deren Vollzug dadurch vereinfachen, daß der Anfechtungsgegner die Übereignung statt an die Masse unmittelbar an die vom Verwalter bestimmten Käufer vornimmt. Auch diese Leistung kann als „Rückgewähr" verlangt werden, aber keineswegs nur sie (ungenau RG. Bd. 56, S. 143; Bd. 67, S. 22). Bei Anwendbarkeit der §§ 142, 143 BGB. würde infolge formloser Anfechtungserklärung des Verwalters das Eigentum von selbst an die Konkursmasse zurückfallen (vgl. §§ 894, 899 BGB.), die Sache daher im Konkurse des Anfechtungsgegners der Aussonderung unterworfen sein (§ 43 KO.). Siehe dagegen oben S. 110 f.

[2]) Ohne zu unterscheiden zwischen gutem und schlechtem Glauben, zwischen Verschulden und Nichtverschulden des Anfechtungsgegners. Er hat der Masse allen Entgang zu ersetzen, der mit der anfechtbaren Handlung ursächlich zusammenhängt, also den vollen Wert, den der Anfechtungsgegenstand (samt Nutzungen und Zuwachs) jetzt für die Konkursmasse darstellte, wenn die Entäußerung unterblieben wäre. Nur im besonderen Falle der Schenkungsanfechtung wird die Haftung des Gegners bei gutem Glauben durch die Ausnahme des § 37 II zur bloßen Bereicherungshaftung abgeschwächt (§§ 818, 819 BGB.).

gegenstand duldet. Bei Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur haftet der Anfechtungsgegner auch dem Einzelgläubiger auf Wertersatz[1]). Die Ersatzsumme ist an den anfechtenden Gläubiger selbst zu zahlen. Zahlung an den Schuldner würde den Anfechtungserfolg in Frage stellen und den Anfechtungsgegner nur befreien, soweit sie die Gläubigerbenachteiligung beseitigt.

II. Anfechtungsgegner (Rückgewährschuldner) ist zunächst der erste Erwerber des dem Schuldnervermögen entzogenen Vermögensgegenstandes. Seinen Rechtsnachfolgern gegenüber hängt die Anfechtbarkeit von eigenen Voraussetzungen ab. § 40 KO., § 11 AnfG.

1. Auch der Rechtsnachfolger haftet:

a) selbstverständlich im Falle seines Eintritts in die Anfechtungsverbindlichkeit, namentlich als Erbe[2]);

b) auf Grund einer Erwerbung des Anfechtungsgegenstandes nur dann, wenn noch besondere, die Mithaftung des weiteren Erwerbers rechtfertigende Umstände hinzutreten, nämlich

α) wenn der Nachmann unentgeltlich erworben hat[3]),

β) wenn er beim Erwerbe die Umstände kannte, die den unmittelbaren Vorerwerb anfechtbar machen[4]),

γ) wenn er ein naher Angehöriger des Schuldners (nicht des Vorerwerbers) ist, es sei denn, daß ihm die Umstände unter β) beim Erwerb unbekannt waren[5]).

2. Die Sonderrechtsnachfolge in den anfechtbar erworbenen und weiterveräußerten Gegenstand (Sache oder Recht) kann eine translative, aber auch eine konstitutive Sukzession sein, also z. B. auf Übereignung oder Abtretung, aber auch auf Bestellung einer Dienstbarkeit, auf Verpfändung oder Pfändung beruhen. Sie kann auch in der Weiterüberweisung eines anfechtbar erworbenen Gläubigerrechts durch Indossament begründet sein. Desgleichen in der Abstufung einer Besitzmittlerschaft, etwa durch Verpachtung. Nicht dagegen im Erwerb einer anfechtbar veräußerten Sache durch Ersitzung, Vermischung, Verarbeitung, Fund oder Zwangsenteignung.

3. Ein Sonderrechtsnachfolger haftet immer nur dann, wenn auch der unmittelbare Vorerwerb sich anfechtbar vollzogen hatte. Bei wiederholter Weiterveräußerung muß also die Anfechtbarkeit des Ersterwerbs und aller Zwischenerwerbsvorgänge „begründet" sein, wenn der Schlußerwerber rückgewährpflichtig werden soll. Dabei haftet der Nacherwerber des anfechtbar veräußerten Gegenstandes neben dem Vorerwerber, nicht an dessen Statt. Keineswegs ruht die Rückgewähr-

---

[1]) Auch hier beschränkt die Rückgewähr sich nur im Falle der Schenkungsanfechtung gegenüber einem gutgläubigen Bedachten auf die Bereicherung (§ 7 II AnfG.).

[2]) Sei es als Erbe des Ersterwerbers oder des rückgewährpflichtigen Nachfolgers. Für den Umfang der Erbenhaftung sind auch hier die allgemeinen Vorschriften der §§ 1975ff., 2058ff. BGB. maßgebend.

[3]) Bei gutgläubigem Erwerbe beschränkt sich die Rückgewährpflicht dieses Nachmanns auf die Bereicherung (§ 40 III KO., § 11 III AnfG.).

[4]) Stützt der anfechtende Konkursverwalter die Anfechtbarkeit des Ersterwerbs auf den § 31 Nr. 2, dann braucht er nicht etwa zu beweisen, daß der Ersterwerber um eine Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners gewußt habe; vielmehr hat der Beklagte zu beweisen, daß dem Ersterwerber solche Absicht unbekannt war. Denn ihre Kenntnis gehört nicht, auch nicht kraft gesetzlicher Vermutung, zum anspruchbegründenden Tatbestande des § 31 Nr. 2. Sonst wäre es dem Angehörigen des Gemeinschuldners ein leichtes, die Verschärfung der Anfechtbarkeit des § 31 Nr. 2 zu vereiteln, indem er den Ersterwerb weiterverschiebt. Zust. z. B. RG. Bd. 71, S. 353; LZ. 1910, Sp. 941.

[5]) Der auf Rückgewähr verklagte Angehörige des Schuldners hat somit als persona suspecta einzuwenden und im Streitfalle zu beweisen, daß ihm zur Zeit seines Erwerbs die zur Anfechtbarkeit des Vorerwerbs führenden Umstände unbekannt waren.

pflicht dergestalt auf einer anfechtbar veräußerten Sache, daß deren jeweiliger Besitzer oder Eigentümer und nur er rückgewährpflichtig wäre[1]). Der Ersterwerber kann die Haftung nicht dadurch von sich abschütteln, daß er das Erworbene einem anderen zuschiebt. Er haftet regelmäßig trotz der Weiterveräußerung fort[2]). Der Nachmann wird zwar nur für den Bereich der Rechtsnachfolge[3]) rückgewährpflichtig. Soweit aber die Rückgewährverbindlichkeiten aufeinander folgender Erwerber sich decken, besteht ein gesetzliches Gesamtschuldverhältnis[4]).

III. Vollzieht der Anfechtungsschuldner die ihm obliegende Rückgewähr zur Konkursmasse (§ 37), dann hat er als Massegläubiger (§ 59 Nr. 3) die Erstattung einer Gegenleistung zu fordern, die er etwa für die nun zurückgewährte Leistung des Gemeinschuldners bewirkt hatte, aber nur, falls diese Gegenleistung im Stücke oder dem Werte nach einen Bestandteil der Konkursmasse bildet. Ist die Masse selbst um den Gegenwert nicht bereichert, so hat der Anfechtungsschuldner gleichwohl einen Erstattungsanspruch, jedoch lediglich als Konkursgläubiger. § 38[5]). Eine um die angefochtene Leistung aufgeopferte Forderung des Gegners lebt infolge des Rückgewährvollzugs von selbst wieder auf. § 39[6]). Bei der Einzelanfechtung darf der Anfechtungsschuldner den Anspruch auf Erstattung eines von ihm geleisteten Gegenwertes oder eine infolge der Rückgewähr wiederauflebende Forderung nur dem Schuldner gegenüber[7]) geltend machen. § 8 AnfG.

§ 21.

d) Die Geltendmachung der Anfechtbarkeit.

I. Rücksichten der Verkehrssicherheit gebieten, daß die Gläubigeranfechtung als Eingriff in das Vermögen eines Dritten[8]) auf rechtsförmliche Weise geschehe. Formlose rechtsgeschäftliche Ausübung im Sinne der §§ 142, 143 BGB.

---

[1]) Der Anfechtungsanspruch ist weder actio in rem noch actio in rem scripta.

[2]) Nur im Ausnahmefalle des § 37 II KO. (§ 7 II AnfG.) erlischt die Haftung des Ersterwerbers durch eine Weitergabe des Geschenks, die unentgeltlich und bei gutem Glauben erfolgt.

[3]) Wenn der nachmalige Gemeinschuldner dem A 100000, dieser davon dem B 50000 geschenkt hatte, haftet B nach § 40 II Nr. 3 natürlich nur auf Rückgewähr einer Summe von 50000 (bis zu dieser Höhe freilich mit seinem ganzen Vermögen), weil er nur insoweit „Rechtsnachfolger" wurde.

[4]) Hatte z. B. der nachmalige Gemeinschuldner die letzten Mittel im Betrage von 25000 M. seiner Tochter in der ihr bekannten Absicht der Gläubigerbenachteiligung unentgeltlich zugewendet, diese die volle Summe an ihren mit dem Sachverhalt vertrauten Ehemann weiterverschenkt, dann haften Tochter und Schwiegersohn des Gemeinschuldners, jene aus § 31 Nr. 1, dieser aus § 40 II Nr. 2 (ergänzend aus Nr. 3), als Gesamtschuldner im Sinne der §§ 421—425 BGB. auf Rückgewähr eines Kapitals von 25000 zur Konkursmasse.

[5]) Angenommen: der Anfechtungsgegner hatte dem nachmaligen Gemeinschuldner Waren, die sich noch in der Masse vorfinden, weit über dem Werte verkauft und übereignet, dann erwächst dem Gegner, sobald er die Anfechtungsschuld erfüllt, also den Kaufpreis zur Masse zurückzahlt, ein Masseschuldanspruch auf Rückübereignung der Waren (nicht aber fällt im Zeitpunkte der Anfechtung oder der Erfüllung das Eigentum von selbst an ihn zurück). Hatte der Gegner weit unter dem Werte Waren vom Gemeinschuldner bezogen, dieser aber den Erlös schon vor dem Konkurse für sich verbraucht, dann entsteht der Kaufpreiserstattungsanspruch des die Waren zurückgewährenden Käufers nur als Konkursforderung.

[6]) Hatte beispielsweise ein Konkursgläubiger nach der Zahlungseinstellung Waren des Gemeinschuldners gepfändet und sich aus dem Versteigerungserlöse befriedigt, dann lebt, sobald er den Entgang der Masse ausgeglichen hat, seine alte Forderung als Konkursforderung von Rechts wegen und rückwirkend wieder auf.

[7]) Dieser Ausschluß jeglicher Konkurrenz des Anfechtungsschuldners mit dem anfechtenden Einzelgläubiger kann eine weit über den Anfechtungszweck hinausgehende und nur durch alsbaldige Konkurseröffnung abzuwendende Härte ergeben.

[8]) Vielleicht in einen vollkommenen einwandfreien Rechtserwerb, wie er etwa durch ordnungsmäßige Pfändung noch vor Eintritt der Krise (§ 30 Nr. 2) oder durch gutgläubigen Empfang eines Geschenks aus den Händen eines redlichen und damals noch wohl situierten Spenders (§ 32) begründetsein kann. Soll auch in solchen Fällen den Erwerber der Vorwurf „antisozialen Verhaltens" treffen? Siehe oben S. 111 Note 4.

würde, ganz abgesehen davon, daß keineswegs nur Vorgänge des bürgerlichen Rechts der Gläubigeranfechtung unterliegen, unerträgliche Schwebezustände heraufbeschwören. Denn von diesem Standpunkt aus könnte die richterliche Entscheidung über das Begründetsein des Anfechtungsrechtes auf unbestimmte Zeit hinausgezögert werden, wenn nur innerhalb der gesetzlichen Fristen (§ 41 KO., § 12 AnfG.) der Anfechtungswille dem Anfechtungsgegner mündlich oder in schlüssigem Verhalten kundgemacht worden wäre. Darum spricht das AnfG. auch nur von einer Anfechtung „im Wege der Klage“ oder „im Wege der Einrede“ (§§ 9, 5). Für die Konkursanfechtung muß bei völliger Wesensgleichheit dasselbe gelten. Im Einklange damit erkennt eine längst zum Gewohnheitsrecht erstarkte Übung an, daß innerhalb wie außerhalb des Konkurses die Anfechtbarkeit in einer zur Fristenwahrung ausreichenden Weise nur gerichtlich geltend gemacht werden kann[1]).

1. Hauptart der gerichtlichen Geltendmachung des Rückgewähranspruchs[2]) ist die Anfechtungsklage. Bei der Konkursanfechtung kann sie Leistungs- oder Feststellungsklage sein, bei der Einzelanfechtung nur eine den Umfang und die Art der Rückgewähr genau bestimmende Leistungsklage (§ 9 AnfG.). Die Schranke soll verhüten, daß bei der Einzelanfechtung Gericht und Gegner durch doppelte Prozesse behelligt werden, während bei der Konkursanfechtung in wichtigen Fällen die Feststellungsklage des Verwalters, namentlich gegenüber anfechtbar erworbenen Konkursgläubigerrechten, vollkommen ausreichend sein kann[3]). Da die Anfecht-

[1]) Siehe z. B. RG. Bd. 19, S. 202; Bd. 52, S. 334; Bd. 58, S. 44; Bd. 77, S. 69; Bd. 79, S. 25. Streit besteht bloß in der Theorie. Dabei gibt es Schriftsteller, die der Anfechtbarkeit nur schuldrechtliche Kraft zuschreiben (also die Unanwendbarkeit des § 142 BGB. anerkennen) und doch den § 143 BGB. anwenden (z. B. Kohler, Leitfaden, § 21), wie umgekehrt solche, die den § 142 BGB. für anwendbar halten, aber den § 143 BGB. ablehnen (z. B. Hellwig, System I, S. 274, 433). Die Anpassung des § 41 I 2 KO. (§ 12 I 2 AnfG.) an den Wortlaut des § 124 II 2 BGB. beruht auf einem im übrigen unverbindlichen, in der Praxis bereits als fehlerhaft erkannten Irrtum der Novellenverfasser (1898). Da die Beteiligten, wie die Erfahrung lehrt, sich in keinem erheblichen Falle ohne Richterspruch zu beruhigen pflegen, würde die Maßgeblichkeit des § 143 BGB. auch durchaus nicht im Sinne der Vereinfachung wirken. Einen so folgenschweren Eingriff in Drittrechte dem Anfechtenden besonders bequem zu machen, besteht wahrlich kein Anlaß.

[2]) Die Wendungen „den Anfechtungsanspruch erheben“, „das Anfechtungsrecht ausüben“, „die Anfechtung erfolgt“ (§§ 5, 9, 13 AnfG.) sind gleichbedeutend. Anspruch und Recht fallen zusammen.

[3]) So etwa, wenn der Anmelder unter den Umständen des § 30 Nr. 1 Fall 1 oder des § 31 dem jetzigen Gemeinschuldner Waren weit über Wert verkauft, geliefert und im Versäumnisverfahren eine noch vor dem Konkurs in Rechtskraft erwachsene Verurteilung des Schuldners zur Zahlung des nun angemeldeten Kaufpreises erwirkt hatte. Der die Konkursforderung bestreitende Verwalter klagt mit dem Antrage, festzustellen, daß das behauptete Konkursgläubigerrecht nicht besteht (weil ja der Beklagte den anfechtbaren Forderungserwerb zur Konkursmasse zurückzugewähren hat). Siehe §§ 35, 146 VI KO. § 256 ZPO. Meist klagt auch der Konkursverwalter auf Verurteilung des Anfechtungsgegners zur Leistung, z. B. zur Rückübereignung verschenkter Inhaberpapiere an die Konkursmasse. Die mit der Einzelanfechtung begehrte Leistung besteht, wie oben S. 112 bemerkt, regelmäßig in einem Dulden des anfechtbar vereitelten Zwangszugriffs. Der Einzelgläubiger klagt also z. B. dahin: den Gegner zu verurteilen, daß er wegen einer Darlehnsforderung von 10000 Goldmark mit Zinsen zu vier vom Hundert seit 1. Februar 1924 und 300 Goldmark Kosten die Zwangsvollstreckung in das Wohnhaus Marktplatz 10 in Felden, Grundbuch für Felden, Bd. 1 Blatt 22, so zu dulden habe, als gehörte das Grundstück noch zum Vermögen des N. N. (des Schuldners); nicht aber, wie der Antrag häufig lautet, dahin: anzuerkennen, daß die Übereignung des Grundstückes an den Beklagten dem Kläger gegenüber unwirksam sei (die richterliche „Anerkennung“ wäre in Wahrheit die nach § 9 AnfG. zu vermeidende bloße Feststellung, mit einer rechtsgeschäftlichen Anerkennung durch den Beklagten aber würde dem Anfechtungszwecke gar nicht gedient sein). Vgl. § 139 ZPO. Eine Klage des Anfechtungsgegners auf Feststellung des Nichtbestehens des vom Einzelgläubiger behaupteten Rückgewährschuldverhältnisses kann unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 256 ZPO., besonders nach einer Ankündigung gemäß § 4 AnfG., recht wohl zulässig sein. Vgl. RG. Bd. 77, S. 65. Um so zweifelloser besteht diese Statthaftigkeit gegenüber einer vom Konkursverwalter behaupteten Rückgewährpflicht.

barkeit ein unmittelbar im Gesetze begründetes Rückgewährschuldverhältnis darstellt, kann die Anfechtungsklage als solche weder im Gerichtsstande des Ortes der Vertragserfüllung (§ 29 ZPO.) noch in dem der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO.) erhoben werden. Ebensowenig ist für die Klage auf Rückgewähr anfechtbar veräußerter Liegenschaften oder Liegenschaftsrechte der dingliche Gerichtsstand des § 24 ZPO. begründet. Noch besteht die ausschließliche Zuständigkeit des § 771 ZPO. für die Klage auf Rückgewähr eines anfechtbaren Vollstreckungserwerbes[1]). Für die Regel kommt als Gerichtsstand der Anfechtungsklage der Wohnsitz (Sitz) des Beklagten zur Zeit der Klagerhebung in Betracht (§§ 13ff. ZPO.). Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem Werte des Gegenstandes der beanspruchten Rückgewähr, bei Anfechtungsklagen auf Zahlung einer Geldsumme also durch diese, bei Klagen auf Naturalrestitution nach dem durch richterliches Ermessen (§ 3 ZPO.) zu schätzenden Restitutionswerte. Der die Ausschlußfristen (§ 41 KO., § 12 AnfG.) wahrende Zeitpunkt der Klagerhebung liegt in der Zustellung der Klageschrift an den Anfechtungsgegner (§ 253 mit §§ 496 III, 498 III ZPO. i. F. v. 13. 5. 1924, RGBl. I S. 437). Dagegen reicht die Zustellung eines bloß vorbereitenden Schriftsatzes oder irgendwelche (schriftliche oder mündliche) außergerichtliche Anfechtungserklärung zur Einhaltung der Anfechtungsfristen nicht aus. Durch Widerklage wird der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch nach Maßgabe des § 281 ZPO. in der Neufassung nach Art. II 1 VO. v. 22. 12. 1923 (RGBl. I, S. 1239) erhoben, nun also bereits durch Zustellung der Widerklageschrift, im amtsgerichtlichen Verfahren auch durch eine Mitteilung im Sinne des § 496 IV ZPO.[2]).

2. Durch Einrede oder Gegeneinrede im prozeßrechtlichen Sinne (exceptio oder replica Pauliana) wird der Anfechtungsanspruch im Anwendungsgebiete des § 128 ZPO. erst erhoben, wenn das Verteidigungsmittel in der mündlichen Verhandlung vorgebracht wird[3]). Rechtshängigkeit des Rückgewähranspruchs begründen Einrede und Gegeneinrede nicht; aber als gerichtliche Geltendmachung wahren sie die Anfechtungsfristen.

3. Soweit der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch auf Zahlung einer Geldsumme geht, ist er mahnfähig und wird fristwahrend durch Zustellung des Zahlungsbefehls erhoben (§ 696 III ZPO. i. F. v. 13. 5. 1924).

---

[1]) Anders für den Bereich des § 30 ständig das RG. (z. B. Bd. 18, S. 393; Bd. 30, S. 397; Bd. 40, S. 372). Siehe dagegen LZ. 1908, Sp. 611; 1910, Sp. 228; 1915, Sp. 1527.

[2]) Teilklagen wahren, wie bisher gemeinhin angenommen wird, den Anfechtungsanspruch nur für den eingeklagten Teilbetrag. Bei dieser Auffassung wird die Teilklage, so erwünscht sie im Interesse der Kostenersparung sein kann, fast ganz entwertet. Bezeichnenderweise stellt neuestens das RG. Bd. 102 S. 383 die Frage dahin. Sie bedarf sorgfältiger Nachprüfung, auch für verjährbare Ansprüche.

[3]) Wird die mündliche Verhandlung nach § 7 EntlVO. i. F. v. 13. 5. 1924 verdrängt, dann wirkt der prozeßordnungsmäßige Zugang der schriftlichen Anfechtungserklärung gleich einem Vorbringen in mündlicher Verhandlung. Dieser Erfolg steht aber erst fest, wenn das Gericht (was trotz der Parteieinigung seinem Ermessen überlassen bleibt) in der Tat ohne mündliche Verhandlung erkennt. Den Hauptfall einer „Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede" (§ 5 AnfG.) bildet der, daß der anfechtungsberechtigte Einzelgläubiger die Anfechtbarkeit dem Drittwiderspruche (§ 771 ZPO.) dessen entgegen hält, der am Objekte des Gläubigerzugriffs ein Recht anfechtbar erworben, also z. B. der Ehefrau des Schuldners, die das Eigentum an den jetzt durch einen Gläubiger des Mannes gepfändeten Möbeln oder Wertpapieren binnen der letzten zwei Jahre vor Erhebung der Anfechtungseinrede durch Schenkung vom Manne erlangt hat (§ 3 Nr. 4 AnfG.). Die Bedeutung des § 5 AnfG. erschöpft sich keineswegs darin, daß er die Erhebung der Einrede vor Erlangung des Vollstreckungstitels verstattet. Er stellt vor allem klar, daß die Anfechtbarkeit durch Einrede (im Sinne der ZPO.) geltend gemacht werden kann, was um so wertvoller ist, als jede der verschiedenen Anfechtungstheorien hier auf konstruktive Schwierigkeiten stößt. Geib (Arch. Ziv. Prax. 119, 157ff.) widmet diesen Dingen eindringliche Untersuchungen. Er lehrt aber, im Beispielsfalle liege eine Einrede weder im Sinne des BGB. noch in dem der ZPO. vor, und will dem Pfändungspfandgläubiger auch nach Ablauf der Anfechtungsfristen die Geltendmachung der Anfechtbarkeit zur Abwehr der Widerspruchsklage zugestehen.

II. Das konkursmäßige Anfechtungsrecht auszuüben, ist ausschließlich der Konkursverwalter ermächtigt (§ 36). Denn ihm obliegt die Aufgabe, die zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger dienende Masse zu sammeln und ihrer Bestimmung zuzuführen (§§ 117, 149ff.). Der Rückgewähranspruch selbst aber wird als Bestandteil dieser Masse behandelt (§ 37). Wie andere Masserechte (§ 6) übt daher der Konkursverwalter den Rückgewähranspruch in Zwangsvertretung des Masseträgers, wenngleich zum Vorteile der Konkursgläubiger, aus[1]). Parteieide hat der Verwalter nach § 473 I ZPO. zu leisten. Der Gemeinschuldner und die einzelnen Konkursgläubiger sind zeugnisfähig. Hinsichtlich des rückzugewährenden Anfechtungsgegenstandes erscheint der Gemeinschuldner im Sinne des § 445 ZPO. als Rechtsvorgänger des Anfechtungsgegners. Bei der Einzelanfechtung dagegen verfolgt jeder Gläubiger den Rückgewähranspruch als eigenes Recht und im eigenen Namen. Es stehen so viele Anfechtungsansprüche nebeneinander, als benachteiligte Gläubiger vorhanden sind. Mehrere können als einfache Streitgenossen (§§ 60, 61 ZPO.) zusammen, sie können aber auch einzeln die Anfechtungsklage erheben. Soweit der Anfechtungsgegner die geschuldete Rückgewähr an einen Anfechtungsberechtigten bewirkt, befreit er sich zugleich gegenüber den Konkurrenten. Weder die Erhebung der Einzelklage noch die Erstreitung eines obsiegenden Urteils noch dessen Rechtskraft begründen einen Vorrang zugunsten des Einzelgläubigers. Ja selbst die Erwirkung einer dinglichen Sicherheit (z. B. durch Pfändung oder Liegenschaftsbeschlagnahme) und die Befriedigung des Einzelgläubigers hat, wenn sie unter den Anzeichen des Konkurses erfolgt, nur einen unsicheren Bestand[2]).

„Anfechtungsbefugt" ist der Einzelgläubiger nach § 2 AnfG. erst dann, wenn seine Forderung gegen den Schuldner fällig, vollstreckbar und uneinbringlich, also ihre Beitreibung aus dem dem Schuldner noch verbliebenen Vermögen fruchtlos versucht oder aussichtslos ist. Erst damit rechtfertigen sich Klage und Vollstreckung gegenüber dem Dritterwerber[3]).

Der Anfechtungsanspruch des Einzelgläubigers steht und fällt mit seiner Forderung. Mit ihr geht er über und unter. Er führt insofern ein unselbständiges rechtliches Dasein. Darum stellt er aber doch gegenüber der Forderung des benach-

[1]) Entsprechende Vereinfachungen der rechtlichen Behandlung ergeben z. B. die §§ 171 II, 217 II HGB., § 1978 II BGB. Siehe oben S. 12 Note 3.

[2]) Da sie im späteren Konkurse nach § 13 III AnfG. der besonderen Konkursanfechtung unterliegt. Siehe unten IV 1.

[3]) Das Rechtsschutzinteresse für eine Klage auf Verurteilung des Schuldners selbst zur (alsbaldigen) Leistung liegt, was ein Umkehrschluß aus den §§ 257—259 ZPO. bestätigt, im allgemeinen schon dann vor, wenn die Forderung gegen ihn entstanden und fällig, aber unerfüllt ist, also das Bedürfnis der Befriedigung aus dem Schuldnervermögen besteht. Das Rechtsschutzinteresse für eine Leistungsklage gegenüber dem Dritten aber, der auf Kosten des Schuldnervermögens anfechtbar erworben hat (§ 9 AnfG.), setzt voraus, daß das Bedürfnis der Befriedigung auch aus diesem Erwerbe (der nicht mehr zum Schuldnervermögen gehört) vorliegt. So erklärt sich der § 2 AnfG. zwanglos. Im Konkurse rechtfertigt die Konkurslage ohne weiteres das Anfechtungsinteresse. Begründet (entstanden) ist die Einzelanfechtung wie die Konkursanfechtung bereits dann, wenn die allgemeinen und die besonderen Erfordernisse des gesetzlichen Anfechtungstatbestandes erfüllt sind. Wer erst nach der Vermögensentäußerung Gläubiger wird, dessen Anfechtungsrecht kann natürlich nicht vor dem Gläubigerrecht entstehen, da sich ja ihm gegenüber das Benachteiligungserfordernis nicht früher erfüllt. Von unserm Standpunkt aus stellt der § 2 AnfG., indem er Vollstreckbarkeit, Fälligkeit und Uneinbringlichkeit der Forderung verlangt, Vorbedingungen für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage auf. Fehlt es an ihnen, dann ergeht Prozeßabweisung, also ein Urteil, das über die Frage, ob das Anfechtungsrecht besteht oder nicht, keinen rechtskraftfähigen Ausspruch enthält. Damit eine Verurteilung des Anfechtungsbeklagten in der Sache statthaft sei, genügt es, wenn Rechtsschutzbedürfnis (§ 2) und Anspruchsentstehungsgrund (§ 3 AnfG.) im Zeitpunkte der letzten Tatsachenverhandlung gegeben sind. Ist der Titel gegen den Schuldner ein erst vorläufig vollstreckbares oder nur unter Vorbehalt erlassenes Urteil, dann soll nach § 10 AnfG. zwar die alsbaldige und unbedingte Verurteilung des Anfechtungsbeklagten statthaft, die Vollstreckbarkeit dieser Verurteilung aber (im Sinne des § 726 I ZPO.) vom Eintritte der Rechtskraft oder der Vorbehaltlosigkeit jenes Titels abhängig zu machen sein.

teiligten Gläubigers einen eigenen neuen Anspruch dar. Deshalb und wegen der grundsätzlichen Beschränkung der Rechtskraft auf das Verhältnis der Parteien zueinander (§ 325 ZPO.) kann keine Rede davon sein, daß mit rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners dem Anfechtungsgegner alle Einwendungen gegen den Bestand der zuerkannten Forderung abgeschnitten wären. Noch weniger rechtfertigt sich die Annahme, daß der gegen den Schuldner erwirkte Vollstreckungstitel dem Anfechtungsbeklagten die Verteidigung verschränke, für solche Titel, die wie Vergleiche und vollstreckbare Urkunden (§ 794 Nr. 1 u. 5 ZPO.) der Rechtskraft gar nicht zugänglich sind[1]).

III. Die Anfechtungsklage muß bei der Konkursanfechtung innerhalb einer einjährigen, mit Eröffnung des Konkurses beginnenden Ausschlußfrist[2]) vom Konkursverwalter erhoben werden. Die Anfechtungseinrede verbleibt ihm auch späterhin. § 41 KO. Die Einzelanfechtung steht im Falle des § 3 Nr. 1 AnfG. unter einer zehnjährigen Ausschlußfrist, die mit dem Zusammentreffen von Fälligkeit und Vollstreckbarkeit des Hauptanspruchs oder mit der späteren Vollendung des anfechtbaren Aktes beginnt. § 12 AnfG. Die Ein- und Zweijahresfristen des § 3 Nr. 2—4 (mit § 3a) AnfG. und nur sie können im Wege einer außergerichtlichen Anfechtungsankündigung nach Maßgabe des § 4 AnfG. verlängert werden[3]).

IV. Der Konkurs des Schuldners setzt der Einzelvollstreckung (§ 14 KO.) und damit der ihr dienenden Einzelanfechtung der Konkursgläubiger ein Ziel. Par condicio omnium creditorum facta est. Darum gehen die Sonderrechte auf in dem als Massebestandteil behandelten, vom Verwalter auszuübenden Rückgewähranspruch des § 37 KO. Auf diesem Gedanken beruhen die Vorschriften des § 13 AnfG.

---

[1]) Nach der Begründung zum § 2 AnfG. (S. 13) soll der Anfechtungsgegner nur Einwendungen haben, die der Schuldner selbst gegen den im Titel bezeichneten Anspruch vorbringen könne, und darüber hinaus lediglich geltend machen dürfen, der Titel sei vom Gläubiger durch Kollusion, also in arglistigem Zusammenspielen mit dem Schuldner erwirkt. Auf diesem Boden steht bei uns (anders in Österreich und in der Schweiz) die vorherrschende Meinung, auch (aber ohne einheitliches Prinzip und ohne stichhaltige Gründe) RG. Bd. 68. S. 139; Bd. 74, S. 317; Bd. 96 S. 338. Der Versuch, ein entsprechendes Ergebnis als Nebenfolge der Vollstreckbarkeit zu erklären (vgl. besonders KUTTNER, Privatrechtl. Nebenwirkungen der Zivilurteile, 1908, S. 40ff., 198ff., 225ff.), scheitert schon am Mangel einer ausreichenden gesetzlichen Stütze. Konkursanfechtung und Einzelanfechtung haben, soweit sie mit einander korrespondieren, durchaus übereinstimmende Entstehungstatbestände (§§ 31, 32 KO., § 3 AnfG.). Während sich aber im Konkurse das Bedürfnis einer Heranziehung anfechtbar entäußerter Werte schon aus der Konkurslage ergibt, bedarf es bei der Einzelanfechtung der besonderen, im § 2 AnfG. geregelten Rechtfertigung. Die Vollstreckbarkeit der Forderung ist nur eine der drei dort aufgestellten Voraussetzungen, und sie würde, wenn sie wirklich ein Erfordernis für die Entstehung des Anfechtungsrechtes selber wäre, dieses doch nur (von Fälligkeit und Uneinbringlichkeit im Sinne des § 2 abgesehen) verbunden mit den Erfordernissen des § 3 AnfG. begründen können, die — wie immer der § 2 auszulegen sein mag — den wesentlichsten Entstehungstatbestand enthalten. Um eine bloße Nebenwirkung der Vollstreckbarkeit handelt es sich also gewiß nicht. Dagegen spricht auch der § 5 AnfG., der eine „Erhebung des Anfechtungsanspruchs“ vor Erlangung eines Titels gegen den Schuldner verstattet. Wie in den §§ 29ff. KO. bedeutet in den §§ 1ff. AnfG. das Wort „Gläubiger“ die in ihren Befriedigungsaussichten beeinträchtigten Forderungsträger. Der Ausdruck hat materiellrechtlichen, nicht formellrechtlichen Sinn. Schließlich wäre es auch bare Willkür zu behaupten, gegenüber jedem Vollstreckungstitel, der wider den Schuldner vorliege, sei der Anfechtungsgegner auf die Rüge der Arglist und auf die nach der letzten „Tatsachenverhandlung“ entstandenen Einwendungen angewiesen. Wie sollte eine derartige Beschränkung gegenüber vollstreckbaren Urkunden (vgl. § 797 IV ZPO.) zu begründen sein?

[2]) Die Novelle von 1898 hat an Stelle der Verjährungsfrist hier wie im § 12 AnfG. eine Ausschlußfrist gesetzt, ausgehend von der unzutreffenden Annahme, das Anfechtungsrecht sei kein Anspruch und darum nicht verjährbar. So erklärt sich die Anpassung an den Wortlaut des § 124 BGB. Dieser Irrtum der Redaktoren bindet aber die Auslegung insoweit nicht, als er im Gesetze selbst keinen Ausdruck gefunden hat. Den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechend müssen z. B. die §§ 209, 212 BGB. entsprechende Anwendung finden. Vgl. LZ. 1912, Sp. 204; JurW. 1916, S. 1335; 1917, S. 659.

[3]) Wegen der Nichteinrechnung einer Geschäftsaufsicht auf Anfechtungsfristen (hier des § 41 I 3 KO. und des § 12 AnfG.) nach § 75 AufsVO. siehe unten S. 165.

1. Der einzelne Konkursgläubiger (nicht der Absonderungsberechtigte als solcher) verliert infolge der Konkurseröffnung den Anfechtungsanspruch. Nicht ihm zu seinem Sondervorteile, sondern dem Konkursverwalter zum Vorteile der gesamten Konkursgläubigerschaft steht während des Konkurses die Weiterverfolgung vorher erhobener Anfechtungsansprüche, auch die Ausnutzung eines bereits erstrittenen rechtskräftigen Urteils zu (§ 13 I AnfG.). Ja selbst eine vor dem Konkurs erwirkte Sicherung oder Befriedigung hat der Einzelgläubiger, wenn er sie in Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Konkursantrags erlangte, unter dem Gesichtspunkte des § 30 Nr. 1 Fall 2 KO. an die Masse auszuantworten (§ 13 III AnfG.). Der noch nicht rechtskräftig entschiedene Einzelprozeß des Konkursgläubigers wird durch den Konkurs gleich einem Aktivprozesse des Schuldners unterbrochen, da nun das Recht auf Rückgewähr ein Aktivum der Konkursmasse bildet (§ 13 II 1 AnfG.; vgl. § 10 KO., § 240 ZPO.). Der Verwalter kann den Prozeß aufnehmen und erforderlichenfalls den Klagantrag erweitern, auch wenn die Fristen der Konkursanfechtung (§§ 31, 32 KO.) verstrichen sind, oder — jedoch lediglich nach Maßgabe der KO. — eine eigene Anfechtungsklage erheben. Lehnt der Verwalter die Aufnahme ab, so kann der Prozeß im Kostenpunkt, aber auch nur insoweit, schon während des Konkurses unter den ursprünglichen Parteien ausgetragen werden. § 13 II 2—5.

2. Nach Beendigung des Konkurses stehen die Anfechtungsansprüche wieder den einzelnen Gläubigern zu. Ihre schon vor dem Konkurse begründeten Anfechtungsansprüche können sie wieder für eigene Rechnung verfolgen, soweit diese Ansprüche nicht durch Verfügungen des Konkursverwalters (Empfangnahme der Rückgewähr, Verzicht, Stundung) konsumiert sind (§ 13 IV AnfG.). Anfechtungsprozesse, die der Konkursverwalter neu erhoben hatte, werden bei Konkursbeendigung in der Hauptsache gegenstandslos. Nur im Kostenpunkte können sie zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner ausgetragen werden. Der Eintritt des Einzelgläubigers in solche Prozesse ist ausgeschlossen.

3. In Ansehung des konkursfreien Neuerwerbs steht den Konkursgläubigern die Einzelanfechtung und für ihren Bereich auch die Einzelvollstreckung trotz des § 14 KO. schon während des Konkurses frei (§ 13 V AnfG.).

V. Revisionsgericht in Sachen der Gläubigeranfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses ist seit 1900 ausschließlich das Reichsgericht (Art. IX EG.KNov.), während für das Konkursprivatrecht im übrigen dem bayrischen Obersten Landesgericht eine mit dem Reichsgericht konkurrierende Revisionszuständigkeit zukommt (§ 8 EG. GVG., §§ 7ff. EG.ZPO.).

Dritter Abschnitt.

Das Konkursverfahren.

§ 22.

1. Die Regelung im allgemeinen.

I. Seinem Gesamtzwecke[1]) nach bildet das Konkursverfahren eine besondere Art des bürgerlichen Rechtsganges, aber eben nicht ein Erkenntnisverfahren, sondern ein Zwangsverfahren. Das Konkursgericht als solches hat Rechtsstreitigkeiten nicht zu entscheiden[2]) und vollzieht die Feststellung der Konkursgläubigerrechte, soweit sie innerhalb des Konkursverfahrens stattfindet, lediglich in beurkundender, nicht in erkennender Amtstätigkeit[3]). Auch als Zwangsverfahren reiht sich der Konkurs nicht etwa der „Zwangsvollstreckung" des achten Buches der ZPO. ein. Er tritt als gleichzeitige Erfassung alles beschlagsfähigen Schuldnervermögens zugunsten aller persönlicher Gläubiger bei grundsätzlicher Gleichbehandlung selbständig neben die Sondervollstreckung[4]). Weiterhin bleibt wohl zu beachten, daß Sammlung, Verwertung und Ausschüttung der Teilungsmasse überhaupt nicht Aufgaben des Konkursgerichts, nicht Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens sind. Die Gerichtstätigkeit beschränkt sich hier der Hauptsache nach auf Bestellung und Überwachung des Güterpflegers, dem diese Aufgaben unter Mitwirkung der beteiligten Gläubiger obliegen[5]). So hat das Konkursgericht in erheblichem Umfange Verrichtungen wahrzunehmen, die begrifflich der freiwilligen, nicht der streitigen Rechtspflege angehören[6]). Dem Endziele nach stellt sich aber das gerichtliche Verfahren als Unterart des Zivilprozesses dar. So wird es auch vom Gesetze behandelt, das ergänzend die Vorschriften der ZPO., nicht die des FGG. für maßgeblich erklärt (§ 72). Beispielsweise finden im Konkursverfahren prozeßrechtliche Vorschriften über Verhandlungsleitung, Sitzungspolizei und Gerichtssprache, über Mit-

---

[1]) Siehe oben § 1. [2]) Siehe oben § 2 I. [3]) Siehe unten § 25 II.

[4]) Die der Einzelvollstreckung (Singularexekution) eigentümliche Vorbedingung des vollstreckbaren Titels ist mit zweckentsprechender Gestaltung der Gesamtvollstreckung (Universalexekution) unvereinbar. Zugleich liegt darin, daß die letztere auch auf Antrag des Schuldners selbst stattfindet, ein wesentlicher Gegensatz zur Zwangsvollstreckung der ZPO. Seinem Zwecke als Zwangsbefriedigungsverfahren wird der Konkurs endlich auch dann gerecht, wenn er nicht in eine Verwertung und Verteilung der Masse, sondern in eine andere durch Zwangsvergleich bestimmte Befriedigungsart ausmündet.

[5]) Es gibt also kein gerichtliches Verwertungsverfahren und kein gerichtliches Verteilungsverfahren als Bestandteile des Konkursprozesses. Der Konkursverwalter schaltet nach pflichtmäßigem Ermessen unter persönlicher Verantwortlichkeit (§ 82) im allgemeinen Rahmen des Gesetzes. Dieses gibt Vorschriften in den §§ 118—125 über Ermittelung, Festlegung und Sicherung, in den §§ 127—137 über Verwaltung und Verwertung, in den §§ 149—172 über Verteilung der Masse. Wegen der zwiespältigen Bedeutung des Ausdrucks „Teilungsmasse" siehe unten § 26 I.

[6]) Siehe unten § 23 II.

wirkung des Gerichtsschreibers und Aufnahme von Protokollen in den Terminen des Konkurses, über Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen, über Prozeßfähigkeit, Vertretung und Beistandschaft, über die Art der Beweisaufnahme und über das Beschwerdeverfahren sinngemäße Anwendung.

II. Die Haupteigentümlichkeiten des Konkursverfahrens sind:

1. Die Mündlichkeit ist freigestellt (§ 73 I)[1]). Darum sind die Entscheidungen, die das Konkursgericht als solches erläßt, Beschlüsse, nicht Urteile. Als Rechtsmittel kommt dementsprechend nur die Beschwerde in Betracht, diese mit der Maßgabe, daß alle nicht für unanfechtbar erklärten Entscheidungen im Konkursverfahren der Beschwerde, und zwar stets der sofortigen Beschwerde (im Sinne des § 577 ZPO.) unterliegen[2]). Beschwerdefähig sind danach auch Zweckmäßigkeitsanordnungen, die das Konkursgericht nach freiem Ermessen zu treffen hat[3]). Die Befugnis zur Beschwerde hat jeder, dessen Rechtslage durch die Entscheidung beeinträchtigt (beschwert) wird, besonders ein abgewiesener Antragsteller[4]). Entscheidungen des Beschwerdegerichts werden erst wirksam mit Eintritt der Rechtskraft (§ 705 ZPO.), wenn ihnen das Beschwerdegericht nicht eigens die sofortige Wirksamkeit beilegt (§ 74)[5]). Die Termine des Konkurses (§§ 110, 141, 162, 179) sind keine Streitverhandlungen vor einem erkennenden Gericht (im Sinne des § 128 ZPO.) und eben darum nicht öffentlich (§ 169 GVG. i. F. v. 22. 3. 1924).

2. Der Untersuchungsgrundsatz (die Offizialmaxime) gilt insofern, als das Konkursgericht nicht nur zur Vorbereitung der ihm obliegenden konkursleitenden Maßnahmen, wie der Eröffnung oder Einstellung des Verfahrens, der Bestätigung oder Verwerfung eines Zwangsvergleichs, sondern auch zur Klärung von anderen den Konkurs beeinflussenden Verhältnissen, wie etwa zu der vom Verwalter erbetenen Information über die Aussichten einer im Ermessen des Verwalters stehenden Prozeßführung, die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen ermächtigt und verpflichtet ist (§ 75). Unter diesem Gesichtspunkte kann das Konkursgericht schriftliche Auskünfte von Amts- und Privatpersonen einholen, Akten und Buchauszüge beischaffen, Zeugen und Sachverständige prozeßordnungsmäßig vernehmen. Eingriffe in die Selbstverwaltung sind ihm damit nicht gestattet. Auch setzen wichtige Entschließungen (z. B. in Fällen der §§ 84, 99, 103, 202) einen Antrag Beteiligter voraus.

3. Amtsbetrieb (Offizialbetrieb) findet insofern statt, als die Konkurstermine und die Anmeldefrist von Amts wegen zu bestimmen und bekanntzumachen (§§ 110f.,

---

[1]) Wie für Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts (§ 764 III ZPO.). Gegensatz: § 128 ZPO. Wo die KO. vorschreibt, die Beteiligten vor der Entscheidung zu „hören", wie z. B. in Fällen der §§ 84 II, 95, 101 II, 105 II, 203 II, verlangt sie nur, daß ihnen vorher Gelegenheit geboten werde, sich mündlich oder schriftlich zu äußern (vgl. den Wortlaut des § 136 IV GVG. i. F. v. 22. 3. 1924).

[2]) Wie die Entscheidungen, die im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche Verhandlung ergehen können (§ 793 ZPO.). Für unanfechtbar erklärt die KO. z. B. die Entscheidungen der §§ 163, 190. Die Anfechtbarkeit des Eröffnungsbeschlusses beschränkt sie subjektiv im § 109.

[3]) Wie etwa in Fällen der §§ 87 I, 135 II.

[4]) Dem Konkursverwalter kann die Beschwerde zustehen kraft eigenen Rechts (z. B. wegen unzulänglicher Bemessung der ihm nach § 85 gebührenden Ersatz- und Vergütungsansprüche) oder wegen Verletzung der von ihm wahrzunehmenden fremden Interessen (z. B. wenn das den Konkurs einstellende Gericht mit Unrecht Masseunzulänglichkeit im Sinne des § 204 angenommen hat). Die Beschwerdebefugnis des Gemeinschuldners oder eines einzelnen Gläubigers wird durch die des Konkursverwalters nicht verdrängt. Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung hat das Gesetz mit Beschwerderechten nicht ausgestattet.

[5]) Damit soll wiederholter Wechsel in der Maßgeblichkeit folgenschwerer Beschlüsse verhütet werden. Hat etwa das Amtsgericht den Konkurs eröffnet, das Landgericht auf Beschwerde (§ 109) den Eröffnungsbeschluß aufgehoben, dann bleibt dieser mangels gegenteiliger Anordnung noch so lange wirksam, bis der Aufhebungsbeschluß des Landgerichts die Rechtskraft erlangt. Bestätigt hier das Oberlandesgericht auf weitere Beschwerde (§ 568 ZPO.) den amtsgerichtlichen Eröffnungsbeschluß, dann brauchen die Maßnahmen der §§ 110, 111 nicht neuerdings getroffen zu werden. Der Konkursbeschlag (§§ 6ff.) hat keine Unterbrechung erlitten.

162, 179) und als alle Entscheidungen, auch die verkündeten[1]), den Beteiligten von Amts wegen zuzustellen sind (§ 73 II). Durch öffentliche Bekanntmachung werden die Einzelzustellungen ersetzt (§ 76).

Die öffentliche Bekanntmachung spielt nach der Natur des Konkurses eine bedeutsame Rolle im Verfahren. Sie geht regelmäßig vom Konkursgericht (Hauptfälle: §§ 81, 93, 98, 111, 116, 163, 190, 198, 203, 205), vereinzelt vom Konkursverwalter aus (§ 151), muß mindestens einmal im Amtsverkündungsblatte des Konkursgerichts erscheinen und gilt als bewirkt mit Ablauf des zweiten Tages seit der Ausgabe (d. h. dem tatsächlichen Erscheinen) des die Einrückung oder (bei wiederholter Insertion) die erste Einrückung enthaltenden Amtsverkündungsblattes (§ 76 I). Das Konkursgericht kann nach Ermessen weitere Publikationen durch andere Blätter (z. B. Lokalzeitungen) oder in anderer Weise (z. B. Anschlag an die Gerichtstafel, im Gemeindehaus, auf der Börse) anordnen (§ 76 II). Die öffentliche Bekanntmachung wirkt als Zustellung an alle Beteiligten, sogar in solchen Fällen, in denen (wie z. B. nach § 111 III) besondere Zustellung vorgeschrieben ist (§ 76 III). Dieser wichtige und zweckmäßige Rechtssatz ermöglicht es, alle Einzelzustellungen (vgl. § 73 II) durch eine einheitliche Bekanntmachung zu erübrigen und eine einheitlich beginnende Beschwerdefrist gegenüber allen Beteiligten in Lauf zu setzen (§ 76 I 2 KO. mit § 577 II 1 ZPO.). Wo das Gesetz (wie im § 111 III) Sonderzustellungen vorschreibt, hat das Gebot neben der öffentlichen Bekanntmachung nur den Sinn einer Ordnungsvorschrift. Verstöße beeinträchtigen also die Wirksamkeit der in der Bekanntmachung zu erblickenden Zustellung nicht. Nach § 77 können jene Sonderzustellungen schon durch Aufgabe zur Post (Einwurf in den Briefkasten, Einlieferung am Postschalter, §§ 175, 213 ZPO.) im Gegensatze zur tatsächlichen Vollziehung „durch die Post" bewirkt werden[2]).

4. Auf den Konkurs haben die Gerichtsferien (wie auf die Zwangsvollstreckung) keinen Einfluß. § 202 GVG. i. F. v. 22. 3. 1924.

III. Das Konkursverfahren wird eröffnet und beendigt durch Beschlüsse des Konkursgerichts. Die Eröffnung setzt stets einen Antrag voraus.

§ 23.

2. Das Konkursgericht.

I. Zuständigkeit.

1. Für das Konkursverfahren ist ausschließlich zuständig: das Amtsgericht[3]) der gewerblichen Niederlassung (d. h. der zum unmittelbaren und selbständigen Geschäftsabschluß ermächtigten Betriebsstelle, vgl. § 21 ZPO.), und zwar der Hauptniederlassung des Schuldners, ergänzend das Amtsgericht seines allgemeinen Gerichtsstandes (§ 71 I „seine" gegen § 238 I „eine"). Sind an sich mehrere inländische Amtsgerichte örtlich zuständig, weil z. B. der Schuldner einen mehrfachen Wohnsitz hat (§ 7 II BGB. mit § 13 ZPO.), so entscheidet der Erstantrag (§ 71 II)[4]).

---

[1]) Im Gegensatze zum § 329 III ZPO.

[2]) Einige wichtige Beschlüsse müssen nach der KO. (§§ 111 II, 116, 163 III, 190 III, 198 II, 205 II) auszugsweise auch durch den Reichsanzeiger veröffentlicht werden. Die Kosten haben sich in der Zeit des Währungsverfalles oft als drückend, mitunter als uneinbringlich erwiesen. Daher hat die VO. v. 14. II. 1924 über die Einschränkung öffentlicher Bekanntmachungen (RGBl. I S. 119) im § 3 I diese Reichsanzeigerpublikationen, abgesehen von den Fällen der Eröffnung und der Wiederaufnahme des Konkurses (§§ 111, 198), aufgehoben. Im § 3 II beseitigt die VO. das Gebot öffentlicher Bekanntmachung des Vergleichstermines (§ 179 KO.). Siehe LZ. 1924, Sp. 8.

[3]) Im Auslande sind noch vielfach Kollegialgerichte mit den Aufgaben des Konkursgerichts betraut. Nach Durchführung des Gedankens der Selbstverwaltung und nach Beseitigung der vis attractiva concursus [oben § 2 I] war es angemessen, dem Einzelrichter nicht nur die obervormundschaftliche (Anordnung und Überwachung der Güterpflege), sondern auch die noch verbliebene prozessuale Richtertätigkeit zuzuweisen. Eine Abschiebung von Richteraufgaben auf Gerichtsschreiber, wie sie das EntlG. Art. VI hinsichtlich der wichtigsten Funktionen des Vollstreckungsgerichts vorsieht, ist nicht zugelassen.

[4]) Also die Prävention der Beantragung, nicht der Eröffnung des Konkurses. Der Antrag legt die Zuständigkeit fest; ein späterer Wandel der sie begründenden Umstände (z. B. Wegzug des Schuldners) hebt die Zuständigkeit nicht auf (§ 72 KO. mit § 263 Nr. 2 ZPO.). Die Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses heilt einen Mangel der Zuständigkeit. Abweichend vom § 71 bestimmt der § 214 (vgl. § 236) den Gerichtsstand des Nachlaßkonkurses.

2. Hat der Schuldner im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand, aber „eine" gewerbliche Niederlassung, so ist beim Gerichte dieser Niederlassung ein Inlandskonkurs möglich, jedoch nur in Beschränkung auf das Inlandsvermögen (§ 238 I). Wenn der Schuldner im Reiche weder einen allgemeinen Gerichtsstand noch eine Niederlassung hat, aber ein Gut bewirtschaftet oder für sich bewirtschaften läßt, so kann beim Amtsgericht der Gutswirtschaft ein Konkurs über das Inlandsvermögen eröffnet werden (§ 238 II). Fehlt auch ein solches Gut im Inlande, so ist ein Konkurs über das Inlandsvermögen ausgeschlossen und nur die Einzelvollstreckung in dieses Vermögen verstattet. Dies alles gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner Inländer oder Ausländer ist.

II. Aufgaben.

1. Begrifflich lassen sich zwei verschiedenartige Gruppen von Obliegenheiten des Konkursgerichts unterscheiden:

a) Prozessuale Aufgaben des Konkursgerichts sind besonders die Eröffnung (§§ 102ff.) und Beendigung des Konkursverfahrens (§§ 163, 190, 202ff.), die Anordnung von Sicherheitsmaßregeln (§ 101, 106, 110, 113), die Entscheidung über ungewisse Stimmrechte (§§ 95, 96) und über Einwendungen gegen die Verteilungspläne des Verwalters (§§ 158, 162)[1]).

b) Dagegen gehört begrifflich der freiwilligen Gerichtsbarkeit an die Ernennung und Überwachung des Verwalters (§§ 78ff., 110)[2]), die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 87), die Honorarfestsetzung (§§ 85, 91), die Berufung und Leitung der Gläubigerversammlungen (§§ 93ff., 110, 179; vgl. § 99), die Beurkundung des Prüfungsergebnisses (§ 145), die Hinterlegungsanordnung (§ 169) und die Bestätigung oder Verwerfung eines Zwangsvergleichs (§§ 184ff. KO.)[3]).

2. Nach positivem Recht unterliegen „Entscheidungen im Konkursverfahren", auch soweit sie begrifflich Administrativakte darstellen, der sofortigen Beschwerde des Zivilprozesses (§§ 73 III, 72 KO. mit § 577 ZPO.), nicht etwa — wie Beschlüsse des Vormundschaftsgerichts — dem Beschwerdeverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 19ff., 57ff. FGG.). So z. B. auch die Ernennung des Konkursverwalters (§ 78 I), die Festsetzung seiner Gebühren (§ 85), die Bestätigung oder Verwerfung des Zwangsvergleichs (§ 189). Einzelne Entscheidungen sind für unanfechtbar erklärt (z. B. §§ 95, 96, 163, 190).

3. Scharf zu scheiden von der Tätigkeit des Konkursgerichts als solchen sind Verrichtungen, die „das Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist", als Vollstreckungsgericht (§ 125) oder als Prozeßgericht (§§ 146 II, 164 III, 206) wahrzunehmen hat.

§ 24.

3. Das Eröffnungsverfahren.

I. Die Konkursvoraussetzungen.

Der Konkurs hat seine besonderen Zulässigkeitserfordernisse. Er darf nur eröffnet werden, wenn ein ausreichender sachlicher Grund und ein ordnungsmäßiger Antrag vorliegt.

1. Konkursgrund ist in der Regel die Zahlungsunfähigkeit, d. h. das auf dem Mangel von Zahlungsmitteln beruhende andauernde Unvermögen des Schuldners, seine fälligen Geldverbindlichkeiten im wesentlichen noch zu berichtigen. Der Zustand der Zahlungsunfähigkeit kann auf verschiedene Weise kund werden.

---

[1]) Rechtsstreitigkeiten, die aus Anlaß des Konkurses über behauptete Aus- oder Absonderungs-, Anfechtungs-, Konkurs- oder Massegläubigerrechte entstehen, sind außerhalb des Konkursverfahrens vor den zuständigen Prozeßgerichten auszutragen. Siehe oben S. 3.

[2]) Dagegen liegt heute die Sammlung, Verwaltung, Verwertung und Verteilung nicht mehr in der Hand des Konkursgerichts, sondern des von ihm überwachten Konkursverwalters. Siehe oben S. 3.

[3]) Vgl. die Parallele der §§ 1774, 1789, 1822 Nr. 12, 1837, 1886ff., 1915 BGB., § 35 FGG.

Seine Haupterscheinungsform — aber nicht einen selbständigen Konkursgrund — bildet die Zahlungseinstellung des Schuldners (§ 102). Die Zahlungsunfähigkeit kann sich aber auch anders als im Verhalten des Schuldners offenbaren[1]).

Verschieden von der Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) ist die Überschuldung (Insuffizienz), d. h. das Überwiegen der Passiven über die Aktiven[2]). Da die werbende Kraft der menschlichen Persönlichkeit und das ihr geschenkte Vertrauen (ihr Kredit) im Verkehrsleben Vermögen bedeuten, wäre es verfehlt, bei natürlichen Personen und bei Gesellschaften mit individualistischem Gepräge (§ 209 I) die Überschuldung als Konkursgrund genügen zu lassen[3]). Anders liegt die Sache bei der kapitalistischen Gesellschaft und beim Nachlasse. Bei ersterer, besonders bei der Aktiengesellschaft, ist auch die Überschuldung (§§ 207, 213 KO., vgl. § 63 I GmbHG.), beim Nachlasse nur die Überschuldung Konkursgrund (§§ 215, 236): dort erscheint eine Weiterführung des überschuldeten Unternehmens für Gläubiger und Aktionäre besonders gefährlich; hier liegt eine in ihrer Entwicklung abgeschlossene Haftungsmasse vor[4]).

Das Konkursverfahren ist auf eine Mehrheit konkurrierender Gläubiger angelegt. Daß sich aber eine solche Mehrheit melde, setzt unsere KO. nicht voraus. Der Konkurs bietet auch zugunsten eines einzelnen Gläubigers die Möglichkeit, das gesamte Schuldnervermögen auf einmal in Beschlag zu nehmen und die Haftungsmasse im Wege der besonderen Konkursanfechtung des § 30 zu erweitern[5]).

---

[1]) Siehe oben S. 103.

[2]) Der Schuldner kann trotz Überwiegens der Passiven zahlungsfähig sein, weil er Kredit genießt, und trotz Überwiegens der Aktiven zahlungsunfähig, wenn die Aktiven (etwa als Liegenschaften zur Zeit einer Grundstückskrise, als derzeit unkündbare Hypotheken, als Auslandswerte) zur Befriedigung der drängenden Gläubiger nicht bereit stehen. Heute zeitigt die allgemeine Zahlungsmittelknappheit und Kreditnot viele Fälle der Zahlungsunfähigkeit ohne Überschuldung. Bei normaler Lage der Volkswirtschaft fallen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung meist zusammen.

[3]) Der Konkursgrund des gemeinen Rechts war die Überschuldung (Vermögensunzulänglichkeit). Nach dem Vorgang italischer Statuten hat das französische Recht für den kaufmännischen Konkurs der Zahlungsunfähigkeit entscheidendes Gewicht beigelegt, aber so, daß es nicht diese selber, sondern ihre Haupterscheinungsform, die Zahlungseinstellung (cessation des paiements), zum Konkursgrunde stempelte. Noch heute beherrscht die Regelung des a. 437 c. com. weite Gebiete des Auslandes. Unser § 102 sucht sie zu verbessern: Konkursgrund ist die Zahlungsunfähigkeit, Zahlungseinstellung ihr wichtigstes Kennzeichen, aber nicht ihr einziges. Die Überschuldung, wie das wiederholt im Reichstag beantragt wurde, auch beim Einzelschuldner als Konkursgrund genügen zu lassen, wäre ein Rückschritt schlimmster Art, der einem kapitalschwachen Unternehmen den Aufstieg, einem notleidenden, wenn auch noch so gut kreditierten, die Rettung verschränken und die Zahl der Konkurse verhängnisvoll steigern müßte. Das neue österreichische Recht folgt im § 68 KO. v. 1914 fast wörtlich unserm § 102. Die hier wie dort erörterte Streitfrage, ob die Zahlungseinstellung eine widerlegbare oder eine unwiderlegbare Vermutung der Zahlungsunfähigkeit bilde, ist müßig. Im Bereiche des Untersuchungsgrundsatzes (§ 75) haben Erleichterungen der Beweisführung überhaupt keinen Sinn. Die Bedeutung des § 102 II liegt darin, gegenüber einer die vorausgehenden Gesetze beherrschenden Begriffsverwirrung klarzustellen, daß die Zahlungseinstellung nicht selber Konkursgrund, sondern nur ein Anzeichen (wenn auch das wichtigste) des Konkursgrundes ist. Vorgespiegelte Zahlungseinstellung bindet den Richter nicht. Echte hat ihren Grund in der Zahlungsunfähigkeit. Ihr gegenüber kommt begrifflich eine Widerlegung nicht in Frage. Zur Zahlungsunfähigkeit gehört andauernder, nicht nur vorübergehender Mangel an Barmitteln. Wenn eine Sparkasse vor dem plötzlichen Ansturme der verängstigten Einleger ihren Betrieb schließt, aber nach kurzer Stockung wieder über die erforderlichen Barmittel verfügt, war ihr Leistungsunvermögen keine Zahlungsunfähigkeit, die Schließung des Geschäfts keine Zahlungseinstellung. Auch muß das Unvermögen die fälligen Geldschulden im allgemeinen treffen. Vereinzeltes Ausbleiben der Leistung genügt nicht, vereinzeltes Leisten aber ist mit dem Begriffe der Zahlungsunfähigkeit vereinbar. Ein Unternehmer, der seine Alltagsbedürfnisse bar bestreitet, seine Angestellten rechtzeitig entlohnt und selbst einzelne erheblichere Rückstände zu zahlen vermag, ist gleichwohl zahlungsunfähig, wenn er die Allgemeinheit seiner drängenden Gläubiger nicht rechtzeitig befriedigen kann.

[4]) Für den Genossenschaftskonkurs gilt Besonderes. Darüber unten S. 152.

[5]) Vgl. RG. Zivils. Bd. 11, S. 42; Strafs. Bd. 39, S. 327. Das österreich. Recht fordert eine Mehrheit von mindestens zwei Konkursgläubigern oder (bezeichnenderweise) ein Konkursgläubigerrecht und einen Anfechtungsanspruch (§ 73 KO. von 1914).

2. Zum Konkursantrag ist regelmäßig sowohl der (künftige) Gemeinschuldner als jeder (künftige) Konkursgläubiger berechtigt (§ 103). Der Antrag kann schriftlich eingereicht oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden (vgl. § 496 II ZPO.). Der Schuldner hat den Antrag durch Einreichung einer Vermögensübersicht zu stützen (§§ 104, 101 II)[1]). Die Zulässigkeit eines Gläubigerantrags setzt Glaubhaftmachung der Konkursforderung und des Konkursgrundes voraus (§ 105 I). Sofort nach der Antragstellung kann das Konkursgericht zweckdienliche Sicherungsmaßregeln anordnen, Siegelanlage, Sequestration wertvoller Vermögensstücke, Inhaftnahme des Schuldners verfügen und namentlich ein allgemeines Veräußerungsverbot an diesen erlassen (§ 106)[2]).

Eine Pflicht zur Konkursbeantragung besteht nur in besonderen Fällen. So für die Organe juristischer Personen des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts bei Überschuldung[3]), für die Organe handelsrechtlicher Körperschaften bei Überschuldung und bei Zahlungsunfähigkeit[4]), für Erben und Nachlaßverwalter bei Nachlaßüberschuldung[5]). Diese Pflicht steht unter strenger Verantwortlichkeit für den durch ihre Versäumung verursachten Schaden, bei den handelsrechtlichen Körperschaften auch unter schwerer Strafbarkeit und hat sich als ein zweischneidiges Schwert erwiesen. Gedacht als Maßnahme zum Schutze der Gläubiger, bei Körperschaften auch der Mitglieder, gereicht sie denen, die sie schützen soll, nicht selten zum Unsegen. Sie vereitelt Sanierungen und fördert den Zusammenbruch. Durch Verordnungen der Kriegs- und Nachkriegszeit ist sie in bestimmten Grenzen ausgeschaltet worden[6]). Mit Hilfe der Geschäftsaufsicht läßt sie sich umgehen.

Umgekehrt entfällt sogar die private Antragsbefugnis für Versicherungsaktiengesellschaften und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Den Konkurs einer solchen Anstalt darf nur die Aufsichtsbehörde beantragen, damit die von ihr eingeleiteten Sanierungsmaßnahmen nicht etwa durch unzweckmäßige Konkursanträge der Schuldner- oder Gläubigerseite durchkreuzt werden können. §§ 68, 69 mit § 73 I Nr. 8 VAG.

II. Konkurshindernisse.

Auch wenn der Konkursgrund vorliegt, können der Erwirkung des Konkurses Umstände im Wege sein, die — solange sie nicht überwunden werden — eine Eröffnung des Verfahrens ausschließen. Sie hemmen die Zulässigkeit des Konkurses. Dahin gehört:

1. Die schwebende Geschäftsaufsicht (§ 6 I AufsVO.)[7]). Denn sie verfolgt gerade den Zweck, ein konkursreifes, aber noch zu rettendes Unternehmen

---

[1]) Die freiwillige und rechtzeitige Konkursbeantragung durch den Schuldner selbst wird weder durch Inaussichtstellung rechtlicher Vorteile gefördert, noch (im Regelfalle) durch Androhung rechtlicher Nachteile erzwungen. Die Rechtswohltat der Güterabtretung (cessio bonorum) hat der § 4 EGKO. aufgehoben. Die gemeinrechtlich mit ihr verknüpfte Rechtswohltat des Notbedarfs gegenüber älteren Ansprüchen ersetzen die reichsrechtlichen Pfändbarkeitsbeschränkungen. Vgl. übrigens §§ 187, 240 Nr. 2 KO.

[2]) Über die Wirksamkeit des Verbots siehe oben S. 18.

[3]) §§ 42, 48, 53, 86, 88, 89 BGB.

[4]) §§ 240, 241, 249, 289, 315, 320, 325 HGB., §§ 43, 64, 71, 84 GmbHG., §§ 34, 99, 118, 140, 142, 148 GenG. [5]) §§ 1980, 1985 (1489) BGB.

[6]) Durch VO. v. 8. August 1914 (RGBl. S. 365) bei handelsrechtlichen Körperschaften für den Fall der Zahlungsunfähigkeit (nicht auch der Überschuldung), durch VO. v. 28. April 1920 (RGBl. S. 696) i. F. des Ges. v. 24. Dezember 1922 (RGBl. 1923 I 21) überall für solche Überschuldung, die sich aus Fremdwährungsverbindlichkeiten oder Goldklauseln infolge des Marksturzes ergibt. Auch für solche Überschuldungen, die sich bei Aufstellung der Goldmarkeröffnungsbilanz ergeben, entfällt zeitweilig die Konkursantragspflicht der Organe einer Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft oder GmbH. (§ 14 VO. v. 28. Dezember 1923, RGBl. I 1253). In allen diesen Fällen bleibt aber die Konkursantragsbefugnis des Schuldners und seiner Gläubiger bestehen.

[7]) Das Konkursgericht hat nach der Neufassung des § 6 I (VO. v. 14. Juni 1924, RGBl. I S. 641) den Konkursantrag nicht mehr zurückzuweisen, sondern nur die Entscheidung über den Antrag bis zur Beendigung der Geschäftsaufsicht auszusetzen.

vor dem Konkurse zu bewahren. Da sie als Rechtswohltat zugunsten des Schuldners eingerichtet ist, kann er das Konkurshindernis jederzeit wegräumen, indem er die Aufhebung der Geschäftsaufsicht beantragt (§ 66 I AufsVO.).

2. Die Unzulänglichkeit der Masse zur Kostendeckung (§ 107). Da der Staat für die Kosten des Konkursverfahrens ebensowenig einsteht wie für die Kosten eines sonstigen Zivilprozesses, hat[1]) das Konkursgericht den Konkursantrag abzuweisen, wenn nach gerichtlichem Ermessen die vorhandenen und etwa im Anfechtungswege zurückzugewinnenden Mittel nicht einmal den Kostenaufwand des Verfahrens decken. So z. B. wenn die unanfechtbare Überlastung des vorhandenen Vermögens mit Pfandrechten feststeht. Dieses Konkurshindernis wird überwunden durch freiwilligen Vorschuß eines die Massekosten des § 58 Nr. 1, 2 deckenden Geldbetrags, einerlei, wer ihn aufbringt[2]). Schuldner mit unzulänglicher Masse hat das Konkursgericht für fünf Jahre in die sog. schwarze Liste einzutragen[3]).

III. Einfluß des Ausgleichsverfahrens.

Auf Grund von Forderungen oder Schulden Deutscher, die nach Maßgabe der Art. 72, 296 Nr. 1—4, 296e und f des Versailler Diktats durch Vermittelung von Prüfungs- und Ausgleichsämtern zu regeln sind, findet eine Konkurseröffnung nicht statt. Anmeldungen im Konkurse sind zwar zulässig, konkursmäßige Prüfung und Feststellung aber trotz der Anmeldung unzulässig. Bei Verteilungen wird eine dem vollen Anmeldungsbetrag entsprechende Dividende reserviert. §§ 7, 11 ReichsausgleichsG. i. F. vom 20. November 1923 (RGBl. I, S. 1135).

IV. Der Eröffnungsbeschluß.

1. Das Konkursgericht hat die allgemeine Prozeßvoraussetzung der Zuständigkeit und die besonderen Konkursvoraussetzungen zu prüfen. Fehlt die Zuständigkeit oder vermag sich das Gericht vom Vorliegen der Konkursvoraussetzungen, namentlich des Konkursgrundes, nicht vollkommen zu überzeugen, so muß es den Eröffnungsantrag abweisen. Im Zweifel hat es amtliche Ermittelungen anzustellen (§ 75). Die Aussage des Schuldners (§ 105 II, III) bindet den Richter nicht. Zur Abweisung des Eröffnungsantrags führt auch ein nicht behobenes Konkurshindernis und für die Schuldverhältnisse des Ausgleichsgesetzes der Vorgang des Ausgleichsverfahrens. Siehe oben II u. III.

2. Die Entscheidung des Konkursgerichts unterliegt der sofortigen Beschwerde. Beschwerdeberechtigt ist:

a) bei Eröffnung ausschließlich der Schuldner[4]),

b) bei Nichteröffnung ausschließlich der abgewiesene Antragsteller, als solcher auch der Schuldner (§ 109).

---

[1]) Die Ermächtigung des Gerichts, den Antrag abzuweisen („kann", § 107 I 1), wird zur Amtspflicht, sobald die Unzulänglichkeit der Masse zur Kostendeckung feststeht. Auch sonst (z. B. im § 75) hat das Wort „kann" diesen Sinn. In zweifelhaften Fällen empfiehlt sich die Eröffnung, zumal der Mangel auch in einem späteren Stadium noch zu berücksichtigen ist (§ 204). Bei Prüfung der Massezulänglichkeit sind auch erreichbare Auslandsbestandteile der Masse in Rechnung zu stellen.

[2]) Der Vorschußleistende rückt entsprechend dem § 774 BGB. in die Rangstelle des durch den Vorschuß gedeckten Massegläubigers ein. Durch Erwirkung des Armenrechts läßt sich die Vorschußleistung nicht umgehen.

[3]) Der § 107 II KO. entspricht dem § 915 ZPO. Das Verzeichnis steht jedermann zur Einsicht offen. Es müßte aber, wenn es den Zweck der Sicherung des Kreditwesens erreichen sollte, auf Staatskosten bekanntgemacht werden.

[4]) Nicht ein Gläubiger, so dringend auch das Interesse der Gläubiger an der Nichteröffnung des Verfahrens durch ein unzuständiges Gericht oder beim Fehlen des Konkursgrundes sein kann. Darin liegt ein großer Mangel unserer KO., den beispielsweise das österreichische Recht (§ 72 KO. von 1914) vermeidet. Wegen der Wirksamkeit der Entscheidung des Beschwerdegerichts (§ 74) siehe oben S. 121 unter II 1.

Bei Lebensversicherungsanstalten ist der Eröffnungsbeschluß selbst unanfechtbar (§ 68 VAG.). Doch unterliegt der Eröffnungsantrag dem Rekurse zum Aufsichtsamte für Privatversicherung (§ 73 I Nr. 8 mit § 74 VAG.). Hebt dieses den Antrag auf, so hat das Konkursgericht den Konkurs „einzustellen" (§ 75 VAG.), d. h. hier den Eröffnungsbeschluß aufzuheben (§ 116 KO.).

3. Der Eröffnungsbeschluß hat die Stunde der Konkurseröffnung genau festzulegen (§ 108)[1]. Schon mit diesem Zeitpunkte, nicht erst mit der Bekanntmachung oder mit dem Eintritte der Rechtskraft des Beschlusses, setzt der Konkursbeschlag ein[2]. Die Rechtskraft des Eröffnunsgbeschlusses heilt einen Mangel der Zuständigkeit, des Konkursgrundes und der Ordnungsmäßigkeit des Konkursantrags.

4. Der Eröffnungsbeschluß enthält auch die zur Entwicklung des Verfahrens erforderlichen konkursleitenden Anordnungen. Nach § 110 muß nämlich das Konkursgericht zugleich mit der Eröffnung des Verfahrens von Amts wegen einen Verwalter ernennen (§ 78), den Wahltermin zum Vorschlag eines anderen Verwalters (§ 80) und zur Bestellung eines Gläubigerausschusses (§ 87) anberaumen, den offenen Arrest — ein Verbot, an den Schuldner zu leisten, und ein Gebot, den Besitz massezugehöriger Sachen[3] sowie die Inanspruchnahme von Absonderungsrechten zu melden (§ 118) — erlassen, die Frist zur Anmeldung der Konkursforderungen bestimmen (§ 138) und den allgemeinen Prüfungstermin zur Erörterung der Anmeldungen ansetzen (§ 141).

5. Die Konkurseröffnung wird öffentlich bekannt gemacht[4] und im Grundbuch sowie im Handels-, Genossenschafts- und Vereinsregister eingetragen (§§ 111 bis 116). Die Eintragung „des Konkursvermerks" muß in allen Grundbüchern, d. h. auf jedem Grundbuchblatt erfolgen, auf dem ein zur Masse gehörendes Buchrecht eingetragen ist (§ 3 GBO.)[5].

6. Eine „wirksam" gewordene Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (§§ 74, 109) macht die gesetzlichen Folgen der Konkurseröffnung, besonders Rechts- und Ehrenminderungen, aber auch nur die unmittelbaren Konkursfolgen wieder rückgängig[6]. Sobald die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses „rechtskräftig" (§ 705 ZPO.) geworden ist, hat der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts „die Aufhebung des Verfahrens" öffentlich bekannt zu machen (§ 116).

---

[1] Beispiel: „Über das Vermögen des Kaufmanns Franz Faller in Gantheim wird heute, am 14. März 1924, nachmittags fünfeinhalb Uhr das Konkursverfahren eröffnet, da er seine Zahlungen eingestellt und die Konkurseröffnung beantragt hat." Nach französischem Recht (a. 441 c. com.) hat das Konkursgericht zugleich den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung mit allgemeiner Maßgeblichkeit festzusetzen, um widersprechenden Annahmen (z. B. bei Anfechtungs- und Aufrechnungsstreitigkeiten) vorzubeugen. Dem folgte die preuß. KO. von 1855 (§ 122). Siehe aber die Gegengründe Motive S. 332ff.

[2] Siehe oben S. 18 unter 3.

[3] Wer die rechtzeitige Anzeige schuldhaft unterläßt, hat der Konkursmasse allen durch die Unterlassung verursachten Schaden (z. B. eine zwischenzeitliche Wertminderung) zu ersetzen (§ 119). Vgl. § 242 Nr. 1.

[4] Auszugsweise auch jetzt noch durch den Reichsanzeiger. Siehe oben S. 122 unter II 3.

[5] Siehe oben S. 18f.

[6] Nicht z. B. die Folgen der Anmeldung. Darüber unten S. 129. Für die Prozeßunterbrechnug gilt, wie oben S. 33 zu Note 6 dargelegt wurde, Besonderes. Zu den unmittelbaren Konkursfolgen, die rückwirkend entfallen, gehören z. B. die Rechtsminderungen, die der Gemeinschuldner erleidet (besonders nach § 6), das Erlöschen von Geschäftsbesorgungsverträgen und Vollmachten, die Auflösung von Gesellschaften, das Verbot der Sondervollstreckung und die Erwerbsschranken des § 15. Darum kann die Wirksamkeit der vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen nicht auf Grund des ehemaligen Eröffnungsbeschlusses in Frage gestellt werden. Andrerseits müssen die Handlungen des durch die Autorität des Gerichts bestellten Verwalters ihre Wirksamkeit bewahren. Seine gesetzliche Vertretungsmacht erlischt nur für die Zukunft. Diese Grenzen der Rückwirkung entsprechen den im § 115 BGB. mit § 32 FGG. ausgesprochenen Rechtsgedanken.

§ 25.

4. Das Feststellungsverfahren.

I. Die Anmeldung.

1. Die Konkursgläubiger müssen, wenn sie Befriedigung aus der Masse anstreben, ihre Forderungen anmelden und sie prüfen lassen (§ 12). Dies gilt für alle Konkursforderungen, für bevorrechtigte wie für nichtbevorrechtigte, für öffentlichrechtliche wie für privatrechtliche, auch für rechtshängige, ja selbst für rechtskräftig zuerkannte[1]).

Die Anmeldefrist (zwei Wochen bis drei Monate) wird schon im Eröffnungsbeschlusse bestimmt. §§ 110, 138. Sie ist keine Ausschlußfrist. Allein nur rechtzeitige Anmeldungen brauchen im allgemeinen Prüfungstermin erörtert zu werden. Darum muß der Nachzügler die Kosten eines besonderen Prüfungstermins (§ 44 GKG,) gewärtigen und, wenn bereits Verteilungen erfolgt sind, sich die Verweisung auf die „Restmasse" gefallen lassen (§§ 142, 155). Endgültig geschlossen ist der Kreis der Konkursteilnehmer, sobald die Ausschlußfrist für die Schlußverteilung abgelaufen ist (§§ 152, 155, 166 Satz 1). Eine Änderung der ursprünglichen Anmeldung wird als Neuanmeldung behandelt (§ 142 II)[2]).

„Anmelden" heißt Teilnahme am Konkurse selbst und an den Vorteilen der konkursmäßigen Feststellung begehren. Die Anmeldung erfolgt schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers. Betrag, Grund und Vorrecht der Forderung müssen angegeben[3]), etwaige Beweisstücke (Schuldschein, Wechsel, Kaufbrief) sollen in Urschrift oder in Abschrift beigefügt werden. § 139. Anmeldungen, die den wesentlichen Erfordernissen nicht genügen, sind als unzulässig zurückzuweisen[4]).

---

[1]) Wegen der vor Prüfungs- und Ausgleichsämtern zu regelnden Schuldverhältnisse siehe oben S. 126 unter III.

[2]) Mit dieser Regelung des Anmeldeverfahrens folgt das Reichsrecht den bewährten Vorschriften der preuß. KO. von 1855 (§§ 164ff.), die ihrerseits eine Fortbildung des französischen Rechts (Art. 491ff c. com.) darstellen. Abgelehnt wird damit das gemeinrechtliche Präklusionssystem, das dem wachsamen Gläubiger ein Anrecht auf Ausschließung des säumigen zuerkennt, zur Vermeidung von Härten aber schließlich in eine fast schrankenlose, das Verfahren stark verschleppende Zulassung von Restitutionen verfallen ist. Auch die Einrichtung der Konkurstabelle entstammt dem preußischen Recht (Instruktion v. 6. August 1855). Sie hat auch anderwärts, besonders in Österreich („Anmeldungsverzeichnis", § 108 KO. v. 1914), Eingang gefunden. Die Wirksamkeit der Eintragung unbestrittener Gläubigerrechte in die Tabelle wird vom § 144 I in einer besonders glücklichen, das preußische Recht noch übertreffenden Weise geordnet. Auch die gemeinrechtliche Scheidung zwischen dem die Gläubigerrechte feststellenden „Liquidations-" und dem die Rangfolge ordnenden „Prioritätsverfahren" ist gefallen (§§ 139, 141). Die Säuberung der Schuldenmasse von „Vindikanten" und „Hypothekariern" (im Gegensatze zu den „Chirographariern"), die dem gemeinen Rechte nicht gelungen war, ist heute erreicht. Siehe oben S. 69f. Note 4. Als creditores chirographarii (vgl. z. B. 138 § 1 Dig. 42,5) bezeichnete das gemeine Konkursrecht die nichtpfandgesicherten einfachen oder bevorrechtigten Konkursgläubiger, die sich höchstens auf eine Handschrift des Schuldners (auf einen Schuldschein) berufen konnten.

[3]) „Den Grund" der Forderung bildet der Tatbestand, der nach dem Gesetze für ihre Entstehung wesentlich ist (vgl. RG. Bd. 93 S. 14). Er muß so bestimmt angegeben werden, daß die Forderung im einzelnen gekennzeichnet (individualisiert) ist. Beispiele: „Ich melde an 500 M. Kaufpreis für folgende am 1. Februar 1924 gelieferte Waren" . . . ., „500 M. Darlehen vom 1. Dezember 1923 . . .", „500 M. Honorar für ärztliche Behandlung des Gemeinschuldners im Jahre 1923 und beanspruche bevorzugte Befriedigung" (ein Hinweis auf die Gesetzesstelle des § 61 Nr. 4 wird dem Gläubiger nicht zugemutet). Unwirksam wäre: „ich melde 500 M. an", aber auch „ich melde 500 M. Kaufpreis an" (RG. Bd. 39 S. 45). Der Forderungsbetrag ist in Reichswährung (§ 69) auszudrücken. Mit Rücksicht auf den Verfall der Papiermark hat die VO. v. 14. Februar 1924 über die Goldmarkrechnung im Konkurse (RGBl. I S. 115) durch Sollvorschrift dem Gläubiger die Anmeldung in Goldmark (Steuermark) und durch Mußvorschrift dem Gerichtsschreiber die Eintragung in Goldmark vorgeschrieben (§ 2). Siehe LZ. 1924 Sp. 1ff.

[4]) Das Konkursgericht hat nur eine den wesentlichen Erfordernissen entsprechende Anmeldung der Prüfung zu unterbreiten (§ 141) und darum die Amtspflicht, andere Anmeldungen durch förmlichen beschwerdefähigen Beschluß (§ 73) zurückzuweisen.

2. Die Anmeldungen werden vom Gerichtsschreiber in ein Gläubigerverzeichnis, die Tabelle, eingetragen und wie diese selbst zur Einsicht der Beteiligten aufgelegt. § 140[1]).

3. „Rechtshängigkeit" im allgemeinen begründet die Anmeldung nicht. Auch rechtshängige, ja selbst rechtskräftig zuerkannte Ansprüche können und müssen angemeldet werden. In einzelnen Wirkungen aber „steht" die Anmeldung „der Erhebung der Klage gleich"[2]):

a) Sie führt zur Prüfung und rechtskräftigen Feststellung und damit sowohl zur konkursmäßigen Befriedigung als zu den Vorteilen, die aus der Feststellung für die Rechtsverfolgung außerhalb des Konkurses erwachsen (§§ 164, 194, 206).

b) Sie — nicht der Konkurs als solcher — unterbricht die Verjährung des Anspruchs (§ 209 II Nr. 2 BGB.). Die Unterbrechung dauert fort, bis der Konkursbeendigungsbeschluß wirksam geworden ist, und gilt bei Zurücknahme der Anmeldung als nicht eingetreten. § 214 BGB. Wird der Eröffnungsbeschluß auf Beschwerde aufgehoben (§§ 109, 116), so gilt die Unterbrechung gleichwohl als erfolgt, und zwar für die Zeit von der Anmeldung bis zum Eintritte der Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses. Denn die Unterbrechung ist Anmeldungsfolge, nicht unmittelbare Konkursfolge[3]).

II. Die Prüfungsverhandlung.

1. Gleich bei Eröffnung des Konkurses bestimmt das Konkursgericht den allgemeinen Prüfungstermin (§§ 110, 138 Satz 2). In diesem und in etwaigen besonderen Prüfungsterminen (§ 142) werden die angemeldeten „Konkursforderungen" einzeln nach Betrag und Vorrecht erörtert (§ 141 I). Zu diesem Zweck hat der Konkursrichter die einzelnen Anmeldungen aufzurufen und den Beteiligten Gelegenheit zur Bestreitung zu bieten. Die Anwesenheit des anmeldenden Gläubigers ist nicht erforderlich (§ 143)[4]). Eine Bestreitung wirkt aber nur, wenn sie im Termine selbst erfolgt (§ 144 I). Über die mündliche Prüfungsverhandlung wird ein Protokoll aufgenommen (§ 72 KO. mit §§ 159ff. ZPO.). Das Prüfungsergebnis hat „das Gericht" (der Gerichtsschreiber auf Weisung des Konkursrichters) unmittelbar nach der einzelnen Erörterung in die Tabelle einzutragen, die nun zu einer Anlage des Protokolls wird (§ 145 I).

2. Die Erörterung verfolgt einen doppelten Zweck: einmal das Konkursgläubigerrecht des Anmelders zu prüfen, sodann einen persönlichen Widerspruch des Schuldners festzustellen (§ 144).

a) Konkursgläubigerrechte können dem § 144 I zufolge nur bestritten werden:

α) Vom Konkursverwalter als gesetzlichem Vertreter des Schuldners. In dieser Erklärung liegt der Schwerpunkt des Prüfungsverfahrens[5]).

---

[1]) Das Reichsrecht überläßt die Gestaltung der Tabelle den Landesjustizverwaltungen. In der Hauptsache stimmen die Formulare überein. Die Tabelle wird im Prüfungsverfahren dem Terminsprotokoll einverleibt.

[2]) Eine Art der gerichtlichen Rechtsverfolgung, durch die nach dem Zwecke der §§ 847, 1300 BGB., § 852 ZPO die dort bezeichneten Ansprüche ihre höchstpersönliche Natur abstreifen, ist auch die Anmeldung zum Konkurs, obgleich sie keine „Rechtshängigkeit" auslöst.

[3]) Siehe oben S. 127 Note 3.

[4]) Auch wenn der Anmelder unvertreten ausbleibt (tatsächlich der häufigste Fall), ist seine Forderung zu prüfen. Er kann sich im Prüfungstermin durch einen (prozeßfähigen) Bevollmächtigten vertreten lassen (§ 72 KO. mit §§ 79, 88 II ZPO.) Der Konkursverwalter muß am Prüfungsverfahren teilnehmen, und zwar persönlich (vgl. §§ 83, 84). Siehe die folgende Note.

[5]) Eben darum ist die Anwesenheit des Verwalters im Termine geboten. Sein Übergewicht reicht so weit, daß bei stark in Anspruch genommenen Gerichten nicht selten die Längsspalte der Tabelle, die das „Ergebnis der Prüfungsverhandlung" verzeichnet, schon vor Beginn des Prüfungstermins auf Grund der Erhebungen des Konkursverwalters vorläufig ausgefüllt wird. Wie bei „Konstituierung der Aktivmasse" handelt der Konkursverwalter „bei Konstituierung der Passivmasse" in Zwangsvertretung des Masseträgers und vereinigt sachgemäß die Rollen, die gemeinrechtlich auf einen curator und auf einen contradictor verteilt waren, aber durch innere Gegensätzlichkeit nicht geschieden sind.

β) Von jedem Gläubiger, dessen Anmeldung nicht zurückgewiesen ist[1]). Der einzelne Gläubiger bestreitet kraft eigenen Rechtes, wenn auch sein Widerspruch nach Lage der Sache im Erfolg der Gläubigergesamtheit zustatten kommen muß (§ 147).

Die Person des Widersprechenden, die Richtung und der Umfang des Widerspruchs sind im Prüfungstermine genau zu bestimmen und als Prüfungsergebnis in die Tabelle einzutragen. Die Tabelle muß sonach ergeben, ob und inwieweit der Bestand, das Vorrecht oder die Konkursforderungseigenschaft des angemeldeten Anspruchs (§§ 3, 5 II, 63) bestritten worden ist[2]). Daß der Anspruch nicht oder nicht mehr begründet ist, daß er dem Anmelder nicht zusteht[3]), daß er bedingt oder verjährt ist, kann wie der Verwalter jeder Konkursgläubiger geltend machen. Aus dem Grunde konkursmäßiger Anfechtbarkeit dagegen kann nur der Verwalter widersprechen (§ 36).

b) Auch der Schuldner persönlich kommt im Prüfungsverfahren zu Wort, zunächst freilich nur der Aufklärung halber (§§ 141 II, 100). Sein Widerspruch (gegen Bestand oder Betrag der Forderung) schließt Feststellung des Konkursgläubigerrechts und Konkursteilnahme nicht aus[4]), verhindert aber, daß die festgestellte Forderung nach dem Konkurse gegen den Schuldner vollstreckt werden kann (§§ 164 II, 194, 206). Um diese Vollstreckbarkeit zu erzwingen, darf der Gläubiger schon während des Konkurses eine Klage (auf Feststellung oder auf Verurteilung zur Leistung nach dem Konkurse) gegen den Schuldner persönlich erheben oder aufnehmen. Dem Schuldner steht die Prozeßinitiative nicht zu (§ 144 II). War er durch unabwendbare Ereignisse am Erscheinen im Prüfungstermine verhindert, so wird ihm auf Antrag Wiedereinsetzung gegen diese Terminsversäumung wie gegen eine Notfristversäumung gewährt. Im Wiedereinsetzungsgesuch ist der Widerspruch nachzuholen (§ 165). Ausgebliebene Gläubiger werden nicht restituiert.

3. Das „Ergebnis" der Prüfung wird vom Konkursgericht in die Tabelle **eingetragen.** § 145. Damit beurkundet das Gericht die Anerkennung (festgestellt") oder die Bestreitung („bestritten von . . . in Höhe . . .") der angemeldeten Forderung durch die Beteiligten. Es hat also durch die Eintragung lediglich zu bezeugen, wie die Beteiligten sich zur Anmeldung gestellt haben. In keinem der beiden Fälle enthält der Vermerk selbst eine gerichtliche „Entscheidung". Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 145 II wirkt indessen die Eintragung des positiven Ergebnisses wie ein rechtskräftiges Urteil über Betrag und Vorrecht der Forderung gegenüber allen übrigen Konkursgläubigern. An den förmlichen Feststellungsvermerk des Konkursgerichts knüpft also das Gesetz wie an die unanfechtbare (§ 705 ZPO.) Verurteilung durch das Prozeßgericht eine die Konkursteilnahme gewährleistende erweiterte Rechtskraft (§ 145 II), gegebenenfalls auch Rechtskraft und Vollstreckbarkeit außerhalb des Konkurses (§§ 164 II, 194, 206)[5]).

---

[1]) Mag auch seine eigene Anmeldung auf Widerstand stoßen oder schon gestoßen sein. Doch verliert seine Bestreitung die Wirksamkeit, sobald ihm selber das Konkursgläubigerrecht rechtskräftig aberkannt wird. Es fragt sich nur, ob dieser Wegfall der Bestreitungsbefugnis so frühzeitig eintritt, daß er nach Lage des Feststellungsprozesses in diesem noch berücksichtigt werden kann. Meist scheuen die Gläubiger mit Rücksicht auf das Kostenrisiko des Feststellungsprozesses die Bestreitung. Darum pflegen Widersprüche vom Verwalter und nur von ihm auszugehen.

[2]) Der Tabellvermerk in der Spalte des Prüfungsergebnisses lautet also beispielsweise: „Bestritten vom Verwalter in Höhe von 300 M." Den Grund, aus dem Rechtsbestand, Betrag, Vorrecht oder Anmeldbarkeit bestritten werden, braucht der Widersprechende im Prüfungstermine selbst noch nicht anzugeben. In die Tabelle wäre eine Grundangabe nicht einzutragen; für den Feststellungsprozeß hätte ein solcher Eintrag keine bindende Kraft.

[3]) Sondern einem anderen, z. B. als dem wahren Erben, als Zessionar oder Indossatar.

[4]) Das ergibt der § 144 I. Darum verzeichnet die Tabelle den Schuldnerwiderspruch nicht in der Spalte des Prüfungsergebnisses, sondern in der allgemeinen Bemerkungsspalte.

[5]) Nach § 144 I gilt die Forderung als „festgestellt", soweit sie weder vom Verwalter noch von einem Konkursgläubiger bestritten ist. Nach § 145 II gilt die Eintragung dieses Ergebnisses

Die rechtskräftige Feststellung kann beseitigt werden:

a) Auf Grund materiell-rechtlicher, nach dem Prüfungstermin entstandener Einwendungsgründe (z. B. Erfüllung, Aufrechnung, Verzicht) im Wege der Vollstreckungsgegenklage entsprechend dem § 767 ZPO. durch jeden Bestreitungsberechtigten[1]).

b) Aus Restitutions- oder Nichtigkeitsgründen im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens entsprechend den §§ 578ff. ZPO. durch jeden Bestreitungsberechtigten[2]). Im Wege der Wiedereinsetzung kann die Bestreitung des Konkursgläubigerrechts nicht nachgeholt werden[3]).

Rechtskraftwirkung knüpft das Gesetz (§145 II) nur an den Eintrag des wahren Prüfungsergebnisses. Gegen eine unrichtige Eintragung oder gegen das Vergessen einer Eintragung findet zwar, da insoweit keine „Entscheidung" vorliegt, keine Beschwerde statt. Wohl aber unterliegt der auf einen Berichtigungsantrag ergehende Beschluß des Konkursgerichts der sofortigen Beschwerde (§ 73).

III. Der Feststellungsprozeß.

1. Unter den streitig gebliebenen, also auf einen noch wirksamen[4]) Widerspruch der Verwalters oder eines Gläubigers gestoßenen Forderungen erfahren nach § 146 die titulierten und die nicht titulierten eine verschiedene Behandlung.

Tituliert[5]) sind Forderungen, für die im Prüfungstermin ein Vollstreckungstitel oder doch ein — wenn auch nicht vollstreckbares — Endurteil vorliegt. Auch die titulierte Forderung muß angemeldet und geprüft werden. Auch sie wird streitig durch den Widerspruch des Verwalters oder eines Gläubigers. Allein bei titulierten Forderungen hat der Widersprechende (Opponent) den Widerspruch (§ 146 VI), bei nicht titulierten dagegen der Anmelder (Liquidant) die Feststellung zu betreiben (§ 146 I—V)[6]). Ein titulierter Gläubiger ist solange zur Teilnahme am Konkurse berechtigt, bis ein Widerspruch rechtskräftig für begründet

in die Tabelle so viel „wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber allen Konkursgläubigern." Es wird also der Tabellvermerk, obwohl er nur eine gerichtliche Beurkundung des Parteiverhaltens bildet, und erst dieser Vermerk in ganz eigenartiger Regelung mit der Wirksamkeit der Rechtskraft, und zwar einer gegenüber dem § 325 I ZPO. erweiterten Rechtskraft ausgestattet. Der Vermerk steht in der Spalte des Prüfungsergebnisses und lautet (datiert und vomRichter und Gerichtsschreiber unterschrieben) einfach so: „festgestellt", bei Vorrechtsforderungen „Betrag und Vorrecht festgestellt", bei absonderungsberechtigten Konkursforderungen „festgestellt, als Konkursforderung in Höhe des Ausfalls". Hat auch der Schuldner persönlich nicht widersprochen, so besteht ihm gegenüber nicht nur für den Konkurs, sondern auch für die Verfolgung der festgestellten Forderung außerhalb des Konkurses Rechtskraft und Vollstreckbarkeit. Die Erstreckung der Rechtskraft des Feststellungsvermerks auf das Verhältnis zu „allen Konkursgläubigern" (§ 145 II) bedeutet nach dem Zwecke der Vorschrift eine Wirksamkeit gegenüber den Trägern anderer Konkursforderungen, die sich nun die Konkurrenz der festgestellten gefallen lassen müssen, keineswegs aber gegenüber der Inanspruchnahme des nämlichen Konkursgläubigerrechts durch einen dritten Prätendenten. Der § 145 II steht also z. B. dem gesetzlichen Erben nicht entgegen, der nach einer zugunsten des Testamentserben erfolgten Feststellung Nichtigkeit des Testaments behauptet und unter diesem Gesichtspunkt als wahrer Träger des Konkursgläubigerrechts dem Testamentserben die bezogenen Dividenden abfordert. Zust. RG. Bd. 58 S. 369, 372; abw. Bd. 37 S. 1.

[1]) Siehe z. B. RG. Bd. 21 S. 336, Bd. 57 S. 271, Bd. 85 S. 54. Der Kläger beantragt: festzustellen, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Tabellvermerk unzulässig geworden sei (anders noch Jaeger, KO.[5] § 145 Anm. 11).

[2]) Siehe z. B. RG. Bd. 37 S. 386 (es wird eine Urkunde neu aufgefunden, die den nachzuholenden Widerspruch stützt).

[3]) Das ergibt ein Gegenschluß aus § 165 KO.

[4]) Nicht durch Zurücknahme oder durch Wegfall der Widerspruchsbefugnis erledigten.

[5]) Der Ausdruck ist weder schön noch genau (da eben das nichtvollstreckbare Urteil streng genommen auch keinen „Titel" darstellt), aber eingebürgert und kaum durch ein treffendes deutsches Schlagwort zu ersetzen.

[6]) Wie sonst auch im Zivilprozesse nimmt der Kläger um der Beweislast willen die minder günstige Stellung ein. Der Grundgedanke des § 146 ist nun offenbar der: dem Anmelder einer bereits urteilsmäßig zuerkannten oder doch wenigstens vollstreckbaren Forderung gebühren die Vorteile der Beklagtenrolle. Das österreichische Recht

erklärt wird. Ein nicht titulierter Gläubiger dagegen wird nur für den Fall zum Konkurse zugelassen, daß es ihm gelingt, jeden Widerspruch zu überwinden. Der Antrieb zur Klagerhebung gestaltet sich verschieden:

a) dem titulierten Anmelder werden die Anteile ungeachtet eines Widerspruchs ausbezahlt, nach Erhebung der Widerspruchsklage reserviert (§ 168 Nr. 1);

b) der nicht titulierte Anmelder dagegen wird bei Verteilungen überhaupt erst berücksichtigt, wenn er rechtzeitig die Erhebung der Feststellungsklage nachweist, und von da ab zunächst nur durch Zurückbehaltung der Anteile (§§ 152, 155, 168 Nr. 1).

2. Die „Feststellungsklage“ (§§ 146 II, 152 Satz 1) erstrebt richterliche Anerkennung, die Widerspruchsklage richterliche Aberkennung des Konkursteilnahmerechts. Das Konkursteilnahmerecht ist aber nicht etwa eine von der Konkursforderung verschiedene öffentlichrechtliche Befugnis, sondern die Forderung selbst in einer bestimmten Wirksamkeit. Gegenstand der Feststellung ist der materiellrechtliche Anspruch: er ist festzustellen als eine nicht bevorrechtigte oder mit bestimmtem Vorrecht ausgestattete „Konkursforderung“ (§§ 3, 63) bestimmten Betrags. Festgestellt wird also die Konkursforderung selbst. Der Streit ist ein wahrer Feststellungsprozeß[1]). Nur folgt das Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO.) schon aus der Tatsache der Bestreitung und bloß aus ihr. Auch gilt Besonderes für die Zuständigkeit [unten 3] und für die Rechtskraft [unten 5].

3. Der Streit um das Konkursgläubigerrecht spielt sich außerhalb des Konkurses ab[2]). Nur sind die der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterworfenen und nicht schon vor dem Konkurse rechtshängig gewordenen Ansprüche je nach dem Streitgegenstand ausschließlich vor das Amtsgericht oder vor das Landgericht des Kon-

(§ 110 II KO. v. 1914) knüpft diese Gunst nur an „vollstreckbare“ (also im eigentlichen Sinne „titulierte“) Forderungen. Mit Unrecht. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb etwa die vollstreckbare Urkunde eine bessere Behandlung des Gläubigers rechtfertigen sollte als die bloße, aber bereits zur Rechtskraft erwachsene Feststellung des Gläubigerrechts im Sinne des § 256 ZPO. Entsprechendes gilt für Urteile nichtdeutscher Gerichte, die im Inlande nach § 328 ZPO. Rechtskraft wirken, aber der Vollstreckbarkeit noch ermangeln (§ 722 ZPO), sowie für Schiedssprüche überhaupt (§§ 1040, 1042 ZPO. i. F. v. 13. 5. 1924). In allen diesen Fällen greift unser § 146 VI Platz. Nur muß der Widerspruch seiner Richtung nach der Urteilskraft oder Vollstreckbarkeit entgegentreten. Wird lediglich das für eine zuerkannte oder vollstreckbare Forderung beanspruchte Vorrecht oder lediglich ihre Konkursforderungseigenschaft (Anmeldbarkeit) oder lediglich die Höhe der vom Anmelder nach § 69 getroffenen Schätzung bekämpft, dann hat der Anmelder die Feststellung zu betreiben: „für“ seine bestrittene Inanspruchnahme steht ihm ein Titel im Sinne des § 146 VI nicht zu Gebote.

[1]) Das stellt schon der Wortlaut des Gesetzes außer Zweifel, das die Klage ausdrücklich als Feststellungsklage und als Gegenstand der Klage die Forderung bezeichnet (§§ 144, 146, 147, 152, 168 Nr. 1). Zust. z. B. RG. Bd. 55 S. 160; LZ. 1913 Sp. 327 (OLG. Hamm); vgl. auch E. Bley, Feststellung des Konkursgläubigerrechts (1914) S. 1ff. Es bedarf aber auch gar keines Leistungsbefehles im Urteil, da das eine „Konkursforderung“ feststellende Erkenntnis auf dem Wege des Tabellvermerks (§ 146 VII) Vollstreckbarkeit sogar außerhalb des Konkurses gewinnt und damit den vollen Erfolg einer Verurteilung zur Leistung zeitigt (vgl. auch RG. Bd. 84 S. 235).

[2]) Das ist der Sinn der Worte „Auf die Feststellung ist im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben“ (§ 146 II 1). Die Wendung erklärt sich geschichtlich. Das Gesetz verwirft den gemeinrechtlichen Grundsatz, demzufolge die Liquidationsprozesse vom Konkursgerichte selbst zu entscheiden waren, und läßt die vis attractiva nur in der Vorschrift des § 146 II 2 über die örtliche Zuständigkeit des zur Entscheidung der Feststellungsklage berufenen Prozeßgerichts nachklingen. Keineswegs sollen daher, wie RG. Bd. 32 S. 231 behauptet hatte, die außerordentlichen Prozeßarten (besonders der Urkunden- und Wechselprozeß) ausgeschlossen sein (vgl. dagegen RG. Bd. 50 S. 412, KG. OLG. 29 S. 137f.). Da „die Feststellung der Konkursforderung“, wie in der vorigen Note betont ist, der Sache nach ganz wie die Zuerkennung eines Anspruchs auf Leistung wirkt, kann gar keine Rede davon sein, daß der § 592 ZPO. die Erhebung oder Fortführung des Urkundenprozesses zum Zwecke der Feststellung eines Konkursgläubigerrechts ausschlösse, oder gar davon, daß der Antrag auf solche Feststellung eine Abstandnahme vom Urkundenprozeß im Sinne des § 596 ZPO. bedeutete (die dem Gläubiger in zweiter Instanz gar nicht mehr einseitig freisteht). Die Ansicht, daß ein anhängiger Urkundenprozeß von Rechts wegen bei Konkurseröffnung in den ordentlichen Prozeß übergehe, ermangelt jeder gesetzlichen Stütze. In der Praxis wird die Langwierigkeit und Kostspieligkeit der Konkursfeststellungspro-

kurses verwiesen. § 146 II, vgl. § 164 III, 194, 206 II. Der Streitwert bestimmt sich nicht nach dem Nennbetrage der Forderung, sondern nach der dem Anmelder in Aussicht stehenden Konkursdividende, und zwar auch bei titulierten Forderungen (§ 148). Bei der Zuständigkeit eines Sondergerichts (z. B. eines Gewerbe- oder Kaufmannsgerichts), einer Verwaltungsbehörde oder eines Verwaltungsgerichts (vgl. § 61 Nr. 2, 3) und bei dem durch diese Zuständigkeit bestimmten Verfahren bewendet es auch für den Feststellungsprozeß (§ 146 V)[1].

Schwebte schon bei Konkursbeginn ein Rechtsstreit über die Forderung, so ist deren Feststellung durch „Aufnahme“ des nach § 240 ZPO. unterbrochenen Prozesses zu betreiben (§ 146 III), die Feststellung einer noch nicht titulierten Forderung also durch Aufnahme des Anmelders gegenüber dem Widersprechenden[2]. Der Widersprechende rückt (auch als Gläubiger) in die Prozeßlage des Schuldners ein. Der Rechtsstreit bleibt beim bisherigen Gericht anhängig.

Ob und welche Rechtsbehelfe zur Verfolgung des Widerspruchs gegenüber titulierten Forderungen bestehen, bestimmt sich nach allgemeinen Vorschriften. Gegenüber einem noch nicht rechtskräftigen Endurteil kann eine „Aufnahme“ des Prozesses verbunden mit Einlegung des zulässigen (dem Schuldner zustehenden) Rechtsmittels oder Einspruchs nach Analogie des § 146 III, gegenüber rechtskräftigen Urteilen eine Wiederaufnahme oder Vollstreckungsgegenklage in Betracht kommen. Auch die Konkursanfechtung kann Platz greifen (§ 35), aber sie steht nur dem Verwalter zu (§ 36). In Ermangelung solcher Rechtsbehelfe ist der Widerspruch überhaupt nicht durchführbar.

4. Die neuerhobene wie die aufgenommene Feststellungsklage muß auf den Schuldgrund gestützt und auf den Betrag beschränkt werden, der in der Anmeldung oder im Prüfungstermin angegeben worden ist. § 146 IV mit §§ 139 (Satz 2), 142[3]). Will der Anmelder seinen Anspruch auf einen wesentlich verschiedenen Entstehungstatbestand gründen oder dem Betrag oder Vorrechte nach erweitern, so bedarf es erneuter Anmeldung und Prüfung. Ohne Anmeldung keine Prüfung, ohne Prüfung keine Feststellung!

5. Der obsiegende Teil hat eine entsprechende Abänderung des Tabelleintrags beim Konkursgerichte zu beantragen (§ 146 VII). Dabei ist jedoch zu beachten, daß

---

zesse viel beklagt (vgl. DJZ. 6 Sp. 327). Um so mehr macht sich das Bedürfnis nach der Zulässigkeit beschleunigter und verbilligter Verfahrensarten geltend. Unbedenklich muß als „ordentliches Verfahren“ im Sinne des § 146 II das Verfahren auf Schiedsurteil gemäß den §§ 18ff. Entl.VO. i. F. v. 13. Mai 1924 (RGBl. I 552) gelten, wobei für das gebotene amtsgerichtliche Schiedsurteilsverfahren (§ 20 daselbst) die Streitwertbestimmung des § 148 KO. zu beachten ist. Ein Güteverfahren vor dem Feststellungsprozesse wird sich in aller Regel nach § 495a I Nr. 6 ZPO. erübrigen.

[1]) Beispielsweise sind Reichssteueransprüche wie andere Konkursforderungen anzumelden und zu prüfen. Der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten ist aber ausgeschlossen (§ 227 RAO.). Widerspricht der Konkursverwalter einem noch anfechtbaren Steuerbescheid (§§ 211, 220, 230 RAO.) nach Grund oder Betrag, dann obliegt mit Rücksicht auf die Vollstreckbarkeit der Veranlagung (§§ 235, 299 RAO.), welch letztere spätestens als Anmeldung zum Konkurs einen Titel im Sinne des § 146 VI KO. schafft (RFH. Bd. 5 S. 221), dem Verwalter selbst (§§ 85, 225, 232 RAO.) die Verfolgung des Widerspruchs im Rechtsmittelverfahren der §§ 217ff. RAO. Dagegen würde bei Bestreitung des Vorrechts nach Bestand oder Umfang, weil der Steuerbescheid (auch der unanfechtbare) diese Frage nicht löst, der Vorsteher des Finanzamts (vgl. Bkm. v. 18. März 1922 RZBl. S. 153 § 1 Nr. 1), und zwar nach herrschender Ansicht im Wege des Zivilprozesses die Feststellung zu betreiben haben (§ 146 I, II KO.). Vgl. JW. 1923, 590f.; andrerseits aber auch Bley a. a. O. S. 105f.

[2]) Über die Art der Aufnahme siehe oben S. 32. Schwebt gegen den Anmelder der bestrittenen Forderung eine negative Feststellungsklage, so verbindet sich mit seiner auch hier notwendigen Aufnahme eine die positive Feststellung seines Konkursgläubigerrechts begehrende Antragserweiterung, die ihm auch noch im Berufungs- und Revisionsverfahren einseitig freisteht. Neuklage wäre unstatthaft. LZ. 1915 Sp. 1273ff.

[3]) Um die Übereinstimmung des Antrags und des Urteils mit der Anmeldung zu sichern, hat das Konkursgericht dem Anmelder einen beglaubigten Tabellauszug zu erteilen. § 146 I 2; vgl. RG.Bd. 85 S. 64.

im Falle mehrfacher Bestreitung die Feststellung des Konkursgläubigerrechts nur durch Überwindung aller Widersprüche erzielt wird (§ 144 I). Der Sieg eines einzigen Gegners verneint das Konkursgläubigerrecht und kommt darum notwendig allen Konkursgläubigern zustatten. Daher bilden mehrere Opponenten, die zusammen klagen oder verklagt werden, eine besondere Streitgenossenschaft im Sinne der §§ 62, 472 ZPO.[1]). Andrerseits besteht keine Zwangsstreitgenossenschaft in dem Sinne, daß alle Opponenten zusammen klagen oder verklagt werden müßten. Die Klagenverbindung ist zweckmäßig (vgl. § 147 ZPO.); notwendig ist sie nicht.

§ 26.

5. Die Konkursverteilungen.

I. Die Teilungsmasse, d. h. die Gesamtheit derjenigen baren Mittel, die nach dem Vollzuge der abgesonderten Befriedigung, der Aufrechnung und der Massegläubigerdeckung[2]) zur Aufteilung unter die Konkursgläubiger verbleiben[3]), ist nach dem Grundsatze der staatlich überwachten Selbstverwaltung nicht durch das Gericht, sondern unter dessen Aufsicht durch den Konkursverwalter dem Zwecke der Gläubigerbefriedigung zuzuführen. Dabei folgt unser Reichsrecht einer zur Weltherrschaft gelangten Richtschnur des französischen Rechts, derzufolge Verteilungen stattfinden können, sobald und so oft ein die Verteilung lohnender Massebestand flüssig geworden ist[4]). Nur müssen stets die Ergebnisse des allgemeinen Prüfungstermines (§ 141) abgewartet werden, da sie erst Aufschluß über die Bezugsrechte, ihre Grenzen und ihre Reihenfolge gewähren[5]).

II. Das Gesetz unterscheidet Abschlags-, Schluß- und Nachtragsverteilung. Auf „festgestellte" Vorrechtsforderungen kann der Verwalter mit gerichtlicher Genehmigung unabhängig von diesen Verteilungen Zahlung leisten (§ 170)[6]).

---

[1]) Die Anwendbarkeit des § 62 ZPO. folgt also aus § 147 KO.: weil eine einzige Verneinung des Konkursgläubigerrechts zugunsten aller Konkurrenten wirkt, kann das Bestehen dieses Rechtes (des streitigen Rechtsverhältnisses) im Endergebnisse nur einheitlich bejaht werden. Siehe RG. Bd. 5 S. 414, Bd. 96 S. 254 (ohne Rücksicht auf die Begründung der verschiedenen Widersprüche). Der dem Verwalter oder Gläubigeropponenten als Nebenintervenient beitretende Gläubiger (er mag seinerseits bestritten haben oder nicht) hat demgemäß die Rechtsstellung des § 69 ZPO. Desgleichen der einem Gläubigeropponenten beitretende Verwalter (der zur Nebenintervention auch dann befugt ist, wenn er seinerseits nicht bestritten hatte; KG. OLG. 31 S. 16).

[2]) Also auch nach Abzug der Konkurskosten (§ 58). Massegläubiger sind unabhängig von den Konkursverteilungen zu befriedigen (§ 57). Sie können in den Grenzen des § 172 bei jeder Verteilung den Konkursgläubigern vorgreifen.

[3]) In dieser, den letzten Entwicklungsstand des Aktivvermögens darstellenden engern Bedeutung gebraucht der § 148 den Ausdruck „Teilungsmasse". Sie bildet den Gegenstand der in den folgenden Vorschriften des Gesetzes (§§ 149—172) geordneten „Verteilung". Die dabei zu berücksichtigenden Konkursforderungen und nur sie bilden die „Schuldenmasse" im Sinne der §§ 138ff. Im weiteren Sinne der §§ 117—137 bedeutet „Teilungsmasse" alles zur Konkursmasse gehörende Vermögen (§§ 1, 2) mit Einschluß der Anfechtungsrückgewähr (§ 37).

[4]) Sie bedeutet einen erheblichen Fortschritt gegenüber dem gemeinrechtlichen „Distributionsverfahren", in dessen Bannkreise sich zahlreiche Landesgesetze bewegten. Für die Regel war dort nur einmal zu verteilen, und zwar erst dann, wenn alle Aktiven versilbert, alle Passiven mit ihrer verwickelten Vorrechtsordnung festgestellt waren. Bis dahin blieben flüssige Massemittel, nicht oder nur unzulänglich verzinst, auch Gläubigern mit unzweifelhaften Ansprüchen vorenthalten. Die Verteilungsanweisung hatte das Konkursgericht in einem (ursprünglich mit dem Erkenntnis über die „Liquidität" und die „Priorität"verbundenen) Distributionsbescheide zu erlassen. Eine Vorausbefriedigung einzelner Gläubiger war nur kraft besonderer Anordnung und nur unter besonderen Schutzmaßnahmen statthaft.

[5]) Um das Zustandekommen von Zwangsvergleichen zu fördern, ermächtigt der § 160 das Konkursgericht, den einstweiligen Aufschub der Verteilungen durch beschwerdefähigen Beschluß (§ 73) anzuordnen, wenn der Schuldner den Aufschub beantragt, ehe die Ausschlußfrist (§ 152) abgelaufen ist.

[6]) So namentlich, um die Angestellten eines großen Betriebs mit ihren Lohnrückständen zu befriedigen (§ 61 Nr. 1).

1. Abschlagsverteilungen soll der Verwalter[1]) nach dem Prüfungstermine vornehmen, „so oft hinreichende bare Masse vorhanden ist" (§ 149). Die Gläubiger brauchen also nicht auf Befriedigung zu warten, bis die ganze Masse verwertet und die Gesamtheit der Feststellungsprozesse erledigt ist[2]). In rasch verlaufenden Konkursen sind Abschlagsverteilungen entbehrlich.

2. Die Schlußverteilung erfolgt nach § 161, sobald die Verwertung der Masse vollzogen ist. Mit ihr endet normalerweise die Ausschüttung der Masse.

3. Eine Nachtragsverteilung findet statt, wenn nach Beginn des Vollzugs der Schlußverteilung weitere Masse verfügbar wird (§ 166). So z. B. wenn zurückbehaltene Beträge wegen Eintritts einer auflösenden oder Ausfalls einer aufschiebenden Bedingung oder wegen Unterliegens eines Anmelders im Feststellungsprozesse frei werden; wenn irrtümlich geleistete Zahlungen zurückfließen; wenn verheimlichte oder beiseite geschaffte Sachen des Schuldners erst hinterher vom Verwalter ermittelt werden. Nachtragsverteilungen (eine oder mehrere) erfolgen auf Grund der „Schlußverteilungsliste" und bilden darum bloße Anhängsel zur Schlußverteilung. Wird eine Nachtragsverteilung erst nach Konkursaufhebung angeordnet, so setzt auch erst mit dieser Anordnung der Konkursbeschlag für den Bereich der Nachtragsverteilungsmasse aufs neue ein. Der Vollzug obliegt dem bisherigen oder einem gerade für diesen Zweck zu bestellenden Konkursverwalter[3]). Besonderes gilt in Genossenschaftskonkursen[4]).

III. Alle Verteilungen sind vom Verwalter vorzubereiten, anzukündigen (§ 151) und zu vollziehen (§ 167). Zu Abschlagsverteilungen bedarf er lediglich der Zustimmung eines etwaigen Gläubigerausschusses, zur Schlußverteilung stets auch der des Konkursgerichts (§§ 150, 161). Eine Nachtragsverteilung erfolgt nur auf besondere Anordnung dieses Gerichts (§ 166). Die Anteile sind beim Verwalter „zu erheben", die Schulden also Holschulden[5]).

Berücksichtigt werden die festgestellten und von den bestrittenen die titulierten (§ 146 VI) Anmeldungen. Sonstige bestrittene Forderungen kommen nur zum Zuge, wenn der Anmelder dem Verwalter binnen einer kurzen Ausschlußfrist die Betreibung des Feststellungsprozesses nachweist (§ 152). Im Feststellungsstreit befangene, bedingte und Ausfall-Forderungen werden nicht durch Auszahlung, sondern zunächst durch Zurückbehaltung der Anteile berücksichtigt (§ 168). Dabei gilt die doppelte Besonderheit, daß aussichtslose Anwartschaften bedingt Berechtigter (§ 154 II) und Ausfallforderungen von Absonderungsgläubigern, die

---

[1]) Widrigenfalls die §§ 82—84 anwendbar werden. Im Klageweg verfolgbare Ansprüche der Gläubiger begründet der § 149 nicht.

[2]) Siehe oben S. 134 Note 4.

[3]) War der Konkursbeschlag noch nicht erloschen, so besteht für den beschränkten Zweck der Nachtragsverteilung, also hinsichtlich der Nachtragsmasse, die Zwangsvertretungsmacht des beibehaltenen Konkursverwalters einfach fort, besonders auch für die Einklagung neu ermittelter Außenstände. Vgl. RG. Bd. 28 S. 68, Bd. 53 S. 265. Hatte der Konkursbeschlag bei Anordnung der Nachtragsverteilung bereits geendet, so setzt er mit Zustellung des Anordnungsbeschlusses an den Schuldner wieder ein, aber ex nunc, nicht ex tunc: nur für die Zukunft verliert der Schuldner die Verfügungsmacht in Ansehung der Nachtragsmasse (§ 6), nur für die Zukunft wird den Konkursgläubigern der Sonderzugriff auf Gegenstände dieser Masse verwehrt (§ 14).

[4]) Darüber unten § 32.

[5]) Siehe § 169 KO. (anders § 270 BGB.). Die Anteile sind im gesetzlichen Zahlungsmittel der Reichswährung auszuzahlen. Da aber nach der VO. v. 14. Februar 1924 über die Goldmarkrechnung im Konkurse (RGBl. I S. 115) der neue Tabelleintrag von vornherein aut Goldmark zu lauten hat (§ 2), der alte mit dauernder Maßgeblichkeit auf Goldmark umzuschreiben ist (§§ 5, 6), wird der Verwalter angewiesen, nach jeder Verteilung dem Gericht unter Angabe des Zahlungstages zu melden, welche Beträge er an die einzelnen Gläubiger abgeführt hat. Der Gerichtsschreiber muß daraufhin den Goldmarkwert dieser Beträge nach dem Umrechnungssatze der Reichsfinanzen ermitteln und in der Tabelle vermerken. § 3 VO. Damit soll eine feste Berechnungsgrundlage für die Beitreibung der Ausfälle nach dem Konkurse (§ 164 KO.) gewonnen werden.

ihren wirklichen Ausfall auch jetzt noch nicht nachgewiesen haben (§ 153), für die Schlußverteilung und eben damit auch für eine etwaige Nachtragsverteilung (§ 166) ausscheiden: ihnen reservierte Anteile werden für die Schlußverteilung frei (§ 156)[1]. Anteile, die auch noch bei der Schlußverteilung oder einer sie ergänzenden Nachtragsverteilung zurückbehalten werden mußten (§ 168 Nr. 1, 2, 4), und solche, die zahlbar waren, aber unerhoben geblieben sind, hat der Konkursverwalter auf Anordnung des Gerichts für Rechnung der Beteiligten (aber im Namen des Trägers der Konkursmasse) zu hinterlegen (§ 169).

Vor jeder Abschlagsverteilung und vor der Schlußverteilung hat der Konkursverwalter eine Verteilungsliste, d. h. ein Verzeichnis der zu berücksichtigenden Forderungen unter Bekanntmachung der Gesamtsumme und des verfügbaren Massebestandes auf der Gerichtsschreiberei des Konkursgerichts zur Einsicht aufzulegen (§ 151). Mit dem Vollzuge der Bekanntmachung (§ 76 I 2) beginnt die zweiwöchige „Ausschlußfrist" des Verteilungsverfahrens (§ 152 mit §§ 153, 155, 157, 158, 160). Die Verteilungspläne des Verwalters unterliegen einem zeitlich begrenzten Einwendungsverfahren (§§ 158, 162). Einwendungen gegen eine Abschlagsverteilungsliste sind vor Ablauf einer Woche nach Ende der Ausschlußfrist (§ 158 I), Einwendungen gegen das Schlußverzeichnis im Schlußtermine selber vorzubringen (§ 162 I). Die Entscheidung erfolgt in beiden Fällen durch das Konkursgericht und unterliegt sofortiger Beschwerde (§§ 158 II, 162 II, 73).

Der zuzuteilende Betrag, die Dividende, wird für Abschlagsverteilungen in Prozentsätzen bestimmt (§ 159), für die Schlußverteilung durch vollständige Aufteilung der Restaktiven ermittelt[2].

III. Ein Konkursgläubiger, der bei einer Abschlagsverteilung unberücksichtigt bleiben mußte, hat Nachzahlung aus der „Restmasse" zu beanspruchen, „soweit diese reicht und nicht infolge des Ablaufs einer Ausschlußfrist für eine neue Verteilung zu verwenden ist", wenn er die gesetzlichen Berücksichtigungserfordernisse (§§ 152, 153) nachträglich erfüllt. § 155. Erst die Versäumung der Ausschlußfrist für die Schlußverteilung bewirkt endgültigen Ausschluß von der Konkursteilnahme, und zwar dem § 166 Satz 1 gemäß auch für etwaige Nachtragsverteilungen. Da der Ausschluß als gesetzliche Säumnisfolge eintritt, sind die dadurch zu höheren Dividenden gelangenden Nichtsäumigen Ansprüchen des Nachzüglers wegen „ungerechtfertigter" Bereicherung (§ 812 BGB.) enthoben[3].

---

[1] Im einzelnen siehe oben S. 37 (bedingte Ansprüche), S. 85 ff. (Ausfallforderungen), S. 131 f. (Feststellungsstreit). Steht der Verwalter selbst, wie das die Regel ist, im Feststellungsprozeß auf der Gegenseite, dann erübrigt sich der besondere Nachweis im Sinne des § 152. Die unter das Reichsausgleichsgesetz fallenden Schuldverhältnisse sind nach dessen § 11 I 3 (F. v. 20. November 1923) im Falle der Anmeldung durch Rückbehaltung und Hinterlegung von Anteilen zu berücksichtigen, die der angemeldeten Höhe entsprechen. Siehe oben § 24 III.

[2] Für Abschlagsverteilungen hat der Verwalter, beim Vorhandensein eines Gläubigerausschusses dieser auf „Antrag" d. h. hier auf gutachtlichen (nicht bindenden) Vorschlag des Verwalters den auszuzahlenden Prozentsatz zu bestimmen; der Verwalter hat ihn den berücksichtigten Gläubigern mitzuteilen (§ 159; vgl. § 77 II mit § 76 III). Der ganze verfügbare Bestand braucht nicht ausgeschöpft zu werden. Für die Schlußverteilung ist eine förmliche Festsetzung und Mitteilung des Prozentsatzes nicht vorgeschrieben. Zunächst ermöglicht aber die Bekanntmachung des § 151 den Beteiligten eine Veranschlagung. Nach Erledigung etwaiger Einwendungen hat dann der Verwalter die Amtspflicht, die auf die einzelnen Forderungen entfallenden Beträge zu berechnen und den Gläubigern mitzuteilen. Diese Mitteilung bildet den Beginn des Vollzugs der Schlußverteilung (vgl. § 166). In keinem Falle verleiht die Mitteilung dem einzelnen Gläubiger einen durch Klage gegen den Verwalter verfolgbaren Anspruch auf den Verteilungsvollzug (str.).

[3] Den Massegläubigern sind nach § 172 minder strenge Schranken gezogen. Von der Ausschlußfrist des § 152 bleiben sie unberührt und verlieren dadurch, daß sie den rechtzeitigen Zugriff auf die Schlußverteilungsmasse versäumen, nicht auch den Anspruch auf Deckung aus einer Nachtragsverteilungsmasse.

§ 27.

6. Die Beendigung des Verfahrens.

a) Die Konkursbeendigung im allgemeinen.

I. Wie die Eröffnung, erfolgt die Beendigung des Konkurses durch einen förmlichen Beschluß des Konkursgerichts. Der Beendigungsbeschluß lautet entweder auf Aufhebung oder auf Einstellung des Verfahrens: die Aufhebung begreift die dem Konkurszweck gemäßen Beendigungsarten, die Einstellung aber Fälle eines außergewöhnlichen Abbruchs[1]). Das Gesetz regelt die Gründe der Konkursbeendigung erschöpfend.

1. **Aufgehoben** wird das Konkursverfahren:

a) Nach Abhaltung des Schlußtermins (§ 163), also im Falle der Ausschüttung der Masse. Wenn das Gericht die Vornahme der Schlußverteilung genehmigt (§ 161 II), hat es von Amts wegen den Schlußtermin anzuberaumen. Er ist eine Gläubigerversammlung mit dreifacher Aufgabe. Erstlich dient er zur Abnahme der Schlußrechnung des Verwalters, die seine Geschäftsführung offen legen muß (§ 86)[2]); zweitens zur Erhebung von Einwendungen gegen das Schlußverzeichnis[3]) und drittens zur Beschlußfassung über unverwertbare Massegegenstände[4]). Hat der Konkurs auf solche Art sein Ende gefunden, dann können Konkursforderungen, soweit sie nicht getilgt worden sind, unbeschränkt gegenüber dem Schuldner geltend gemacht werden (Grundsatz der freien Nachforderung, § 164 I[5]). Ob freilich ein Schuldner der ungedeckten Verbindlichkeiten nachbleibt, das ist eine Frage für sich. Eine juristische Person als Schuldnerin erlischt mit Ausschüttung der Masse, namentlich als Aktiengesellschaft oder als Gesellschaft m. b. H. (§ 292 Nr. 3 HGB., § 60 Nr. 4 GmbHG.)[6]), und die Verantwortlichkeit eines Erben, der das Recht der Haftungsbeschränkung nicht verwirkt hat, erschöpft sich regelmäßig infolge Durchführung des Nachlaßkonkurses (vgl. § 1989 BGB.). Andrer-

---

[1]) Jede Art der Konkursbeendigung wird öffentlich bekanntgemacht (§ 163, 190, 205), aber keine mehr durch den Reichsanzeiger (§ 3 VO. über Einschränkung öffentl. Bekanntmachungen v. 14. Februar 1924 RGBl. I 119).

[2]) Mag das Verwalteramt während des Konkurses (z. B. im Entlassungsfall) oder am Ende des Konkurses, sei es bei Aufhebung oder Einstellung, seinen Abschluß finden. Einwendungsberechtigt ist der Gemeinschuldner, jeder Konkursgläubiger und ein nachfolgender Verwalter. Soweit diese Beteiligten nicht im Schlußtermine selbst Beanstandungen erheben, wird der Verwalter ihnen gegenüber nach § 86 Satz 4 entlastet für seine gesamte im Bericht dargelegte Geschäftsführung. Ansprüche, die den Beteiligten nicht aus der im Bericht offenbarten und zu offenbarenden Verwaltungstätigkeit, sondern aus besonderen Rechtsgründen (z. B. vorsätzlicher Missetat, §§ 823, 826 BGB.) erwachsen, und Ansprüche von dritten Verletzten (z. B. Aussonderungsberechtigten, Massegläubigern) werden durch das Unterbleiben von Einwendungen im Schlußtermine nicht berührt. Siehe auch die folgende Note.

[3]) Die in der besonderen Ausschlußfolge des § 86 Satz 4 geregelte Entlastung des Verwalters ist nicht zu erstrecken auf den Fall, daß ein Konkursgläubiger die Nichtaufnahme seiner Forderung in das Schlußverzeichnis im Schlußtermin unbeanstandet läßt (§ 162 mit § 158 II). Er verwirkt damit seine Rechte gegenüber der Konkursmasse, nicht aber (unbeschadet des § 254 BGB.) auch gegenüber dem Konkursverwalter (§ 82). Eine umstrittene Frage. Zust. nun RG. Bd. 87, S. 151.

[4]) Wegen der Freigabe an den Schuldner siehe oben S. 67 f. Die Gläubigerversammlung kann auch beschließen, daß der Verwalter ermächtigt wird, den schwer zu verwertenden Gegenstand, z. B. eine unsichere Forderung, zu einem Bruchteil ihres Nennwertes einem Gläubiger, der darauf eingeht, an Erfüllungsstatt zu überlassen (§ 364 I BGB.).

[5]) Nach englischem oder nordamerikanischem Rechte kann der Schuldner in bestimmten Schranken auch ohne Zwangsvergleich von der Nachzahlungspflicht durch einen gerichtlichen Entlastungsbeschluß (order of discharge) befreit werden.

[6]) Dagegen kann in den Fällen des Zwangsvergleichs und der Einstellung auf Schuldnerantrag die Fortsetzung dieser handelsrechtlichen Körperschaften, wenn sie erst durch den Konkurs der Auflösung zugeführt wurden. von den Mitgliedern beschlossen werden (§ 307 II HGB., § 60 Nr. 4 GmbHG.).

seits wirkt der Feststellungsvermerk der Konkurstabelle (§ 145), wenn ein persönlicher Widerspruch des Schuldners unterblieben oder überwunden worden ist (vgl. § 144 II), ihm gegenüber auch außerhalb des Konkurses Rechtskraft und Vollstreckbarkeit. § 164 II, III. Infolge dieser Wirksamkeit erlangen auf Grund der §§ 65, 69, 70 eingetretene Änderungen eines festgestellten Konkursgläubigerrechts dem Schuldner wie dem Gläubiger gegenüber dauernde Maßgeblichkeit[1]).

b) Nach rechtskräftiger Bestätigung eines Zwangsvergleichs (§ 190). Auch er bildet eine dem Konkurszweck entsprechende, sogar vor der Ausschüttung der Masse begünstigte Aufhebungsart[2]). Inwieweit das Nachforderungsrecht der Gläubiger beschränkt sein soll, hat der Vergleich ausdrücklich zu bestimmen (§ 174). Er trifft aber nur die nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger (§§ 173, 193). Näheres unten § 28.

Der Aufhebungsbeschluß ist in beiden Fällen unanfechtbar (§§ 163 I, 190 I).

2. **Die Einstellung** hat das Konkursgericht in zwei Fällen[3]) zu beschließen:

a) Auf Schuldnerantrag, wenn die Konkursgläubiger der Einstellung zustimmen, besonders bei außerkonkursmäßiger Deckung oder infolge eines nichtgerichtlichen Vergleichs (Näheres §§ 202f.). Die Zustimmung bedeutet einen Verzicht der Konkursgläubiger auf die Fortsetzung des Konkursverfahrens, nicht auf die Forderungen oder ihre Beitreibung. Der Verzicht ist einseitige Prozeßhandlung, nicht Vertrag, wenn auch meist das Ergebnis einer außergerichtlichen Übereinkunft des Schuldners mit den Gläubigern. Eines solchen „Konkursverzichtes" bedarf es aber nur dann, wenn überhaupt noch unbefriedigte Konkursgläubiger da sind. Der Nachweis ihrer außerkonkursmäßigen Befriedigung durch den (vielleicht infolge eines Glücksfalles) zu Gelde gelangten Schuldner oder Freunde von ihm erübrigt den Nachweis ihrer Zustimmung. Auch hier aber bildet der Schuldnerantrag im Sinne der §§ 202f. den gesetzlich gewiesenen Weg der Konkursbeendigung. Andrerseits macht selbst ein allseitiger Konkursverzicht der Gläubiger den Schuldnerantrag nicht entbehrlich. Dieser ist die in jedem Falle unerläßliche Vorbedingung einer Einstellung nach § 202. Vom Schuldner muß die Initiative zum Abbruche des Verfahrens ausgehen[4]).

b) Von Amts wegen[5]), sobald feststeht, daß die vorhandene Masse nicht einmal mehr die Kosten des Konkurses deckt, es sei denn, daß ein Konkursinteressent aus freien Stücken eine ausreichende Deckung vorschießt (§ 204)[6]). Diese Lage stellt sich nicht selten unversehens als Ergebnis verlorener Prozesse ein. In zahlreichen Konkursen hat sie der Zusammenbruch der Markwährung gezeitigt.

---

[1]) Siehe oben S. 35 Note 2. Auch die Goldmarkberechnung wirkt nachhaltig (§§ 1, 6 VO. v. 14. Februar 1924, RGBl. I, 115).

[2]) Das Zustandekommen eines Zwangsvergleichs sucht das Gesetz zu fördern besonders in den §§ 110 II, 180, im § 160, in den §§ 133 Nr. 1, 135. Im Sinne der Gerichtsgebührenbewertung zählt die Aufhebung nach Abschluß eines Zwangsvergleichs zur normalen „Durchführung des Konkursverfahrens" (dreifache Gebühr wie bei Ausschüttung der Masse). Nur für Einstellungen ermäßigt sich die Gebühr. § 42 GKG.

[3]) Andere Einstellungsgründe gibt es nicht. Die Einstellung des § 75 VAG. ist der Sache nach Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses [oben § 24 IV 2]. Mängel der Zuständigkeit, des Konkursgrundes oder des Konkursantrags heilt die Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses. Der nachträgliche Wegfall des Konkursgrundes bildet keinen selbständigen Beendigungsgrund, kann aber auf dem Wege der §§ 202f. zur Einstellung führen. Der nachträgliche Eintritt einer Unzulänglichkeit der Masse zur Kostendeckung führt zur Einstellung nach § 204. Der Tod des Gemeinschuldners hält den Fortgang des Verfahrens nicht auf. Für die Zukunft finden die Regeln des Nachlaßkonkurses, soweit die besondere Lage des Falles es erlaubt, sinngemäße Anwendung. Namentlich nimmt der Erbe des bisherigen Gemeinschuldners nun als Träger des Massevermögens Rechte und Obliegenheiten eines Gemeinschuldners wahr.

[4]) Das übliche Schlagwort „Einstellung wegen Konkursverzichts" ist also nicht ganz genau. Da die Einstellung auf dem Antrage des Passivbeteiligten beruht und jeder Rückwirkung ermangelt, hinkt auch der beliebte Vergleich mit der Klagezurücknahme.

[5]) Natürlich kann jeder Interessent diese Einstellung anregen.

[6]) Steht der Mangel schon im Eröffnungsverfahren fest, so hat das Gericht den Konkursantrag nach Maßgabe des § 107 abzuweisen. Siehe oben S. 126.

In beiden Fällen unterliegt der Einstellungsbeschluß sofortiger Beschwerde (§§ 73 III, 205). Beidemal gilt der Grundsatz der freien Nachforderung (§ 206 II). Beidemal sind Masseansprüche (nicht auch bevorrechtigte Konkursforderungen) vor Ausantwortung der Masse an den Schuldner zu befriedigen oder doch (soweit sie bestritten, betagt oder bedingt sind) sicherzustellen[1]). Diese Aufgabe obliegt noch dem Konkursverwalter als solchem. Erst wenn er ihren Vollzug meldet, hat das Gericht die Einstellung zu verfügen[2]).

II. Allen Arten der Konkursbeendigung gemeinsame Rechtsfolgen sind:

1. Der Schuldner erlangt — vorbehaltlich besonderer Beschränkungen — die Verfügungsmacht hinsichtlich der noch vorhandenen Masse zurück (§§ 192, 206 I)[3]). Seine staatsbürgerlichen Rechte leben wieder auf, und zwar ohne weiteres[4]).

2. Die Obliegenheiten des Verwalters, des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung endigen.

3. Die durch Anmeldung einer Konkursforderung bewirkte Unterbrechung der Verjährung (§ 214 BGB.) und die Unterbrechung der die Masse betreffenden Prozesse (§ 240 ZPO.) hört von selbst wieder auf.

4. Die konkursmäßigen Schranken der Rechtsverfolgung (§§ 12, 14) fallen.

Alle diese Rechtsfolgen treten auch in den Fällen der Einstellung nur für die Zukunft ein[5]). Keine Art der Einstellung hat rückwirkende Kraft. Die Rechtshandlungen des Konkursverwalters, wie z. B. Verkauf und Übereignung von Massestücken, Wahlbetätigungen nach § 17, Kündigungen nach § 19, Erhebung oder Aufnahme von Prozessen, bleiben maßgebend. Nur für die Zukunft gewinnt der Schuldner die Verfügungs- und Prozeßführungsmacht zurück[6]).

§ 28.

b) Der Zwangsvergleich im besonderen.

I. Begriff und Wesen.

1. Zwangsvergleich (Zwangsausgleich, Nachlaßvertrag, Akkord, Konkordat) ist der vom Konkursgericht genehmigte Vertrag des Konkursschuldners mit den nichtbevorrechtigten Konkursgläubigern über eine bestimmte an Stelle der Konkursverteilungen tretende Befriedigung dieser Gläubiger (§§ 173, 174). Der Zwangsvergleich ist Rechtsgeschäft, nicht richterliches Urteil, auch nicht eine Verbindung von Rechtsgeschäft und Urteil[7]). Normalerweise enthält er einen Teil-

---

[1]) Nur das besagt nach dem Zwecke des Gesetzes die im § 205 II verordnete „entsprechende“ Anwendbarkeit des § 191 (nicht auch, daß bevorrechtigte Konkursforderungen zu decken seien). Reichen die Mittel nicht einmal zur Volldeckung der Masseansprüche, dann greift der § 60 Platz.

[2]) Zust. JurW. 1916, S. 1493, Nr. 7 (OLG. Dresden).

[3]) Das gilt auch, wenn nach einer im Verteilungsverfahren erzielten Vollbefriedigung aller Gläubiger ein Aktivüberschuß verbleibt. Die Restmasse hört auf, ein Sondergut zu sein. Für den Bereich einer Nachtragsverteilung (§ 166) bleibt jedoch der Schuldner Gemeinschuldner, der Verwalter sein Zwangsvertreter. Siehe oben S. 135.

[4]) Ohne daß es also einer besonderen Rehabilitierung bedarf. Siehe oben S. 19.

[5]) Wann wird die Einstellung wirksam? Der Einstellungsbeschluß unterliegt zwar der sofortigen Beschwerde, doch hat diese keine aufschiebende Kraft (§ 572 ZPO.). Darum tritt die Einstellung bereits mit dem Vollzug ihrer Bekanntmachung (§§ 76 I, 205 I), nicht etwa erst mit der Rechtskraft des Beschlusses, einheitlich für alle Beteiligten in Wirksamkeit.

[6]) Den Gegensatz bildet die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (§ 116), die unmittelbare Konkursfolgen ex tunc zum Erlöschen bringt [oben S. 127]. Freilich hört die beschränkte Unwirksamkeit einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners im Sinne der §§ 7, 8 auf, wenn infolge einer Einstellung des Konkurses die geschützte Interessengemeinschaft der Konkursgläubiger wegfällt. Alsdann wird daher, wenn nicht eine anderweite Verfügung des Verwalters entgegensteht, jene Schuldnerhandlung wirksam, aber immer nur ex nunc. Siehe oben S. 17.

[7]) Der Zwangsvergleich ist ein Vertrag, der dadurch „geschlossen“ wird, daß ein „Vorschlag“ des Gemeinschuldners (§ 173) durch die nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger „angenommen“ wird (§§ 177, 182, 184), der aber zur Wirksamkeit noch der „Bestätigung“ durch das

erlaß unter Sicherstellung der nichterlassenen Schuld durch Vergleichsbürgen. Wesentlich ist aber weder der Erlaß noch die Sicherstellung. Vielmehr kann der Vergleich auch eine bloße Stundung festsetzen. Meist ist er zugleich Erlaß- und Stundungsvertrag. Meist auch Vergleich im Sinne des § 779 BGB.

Seine Zweckmäßigkeit leuchtet ein: die Gläubiger werden in aller Regel ausgiebiger und rascher befriedigt als bei Durchführung des Konkurses; der Schuldner wird früher sowie unter Ersparung erheblicher Wertverluste und Kosten der freien Erwerbstätigkeit zurückgegeben[1]) und kann als juristische Person bei Bestand erhalten werden; die oft weite Kreise beeinträchtigende Verkehrsstockung hört auf. So erscheint der Zwangsvergleich als eine erwünschte Konkurslösung, die nicht durch Selbstsucht oder Unverstand einer Gläubigerminderheit vereitelt werden darf. Darum läßt das Gesetz unter bestimmten Schutzmaßnahmen Mehrheitszwang zu. Das bedeutet: der Mehrheitsbeschluß wirkt kraft Gesetzes als einhellige rechtsgeschäftliche Willenserklärung aller beteiligten Konkursgläubiger[2]).

Konkursgericht bedarf (§ 184). Die Interessengemeinschaft der nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger (vgl. § 188 I Nr. 2) kann den rechtsgeschäftlichen Annahmewillen in allseitigem Einvernehmen, kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung aber auch durch Mehrheitsbeschluß erklären (§ 182). In dieser Mehrheit spricht rechtlich die Gesamtheit [siehe Note 3]. Das Erfordernis gerichtlicher Vergleichsbestätigung, das aufgestellt ist, um die Gläubiger (besonders eine überstimmte Minderheit) gegen Übervorteilung zu schützen, stellt wie die obervormundschaftliche Vergleichsbestätigung (§ 1822 Nr. 12 BGB.) einen Akt staatlicher Fürsorgetätigkeit dar. Versagt das Gericht die Bestätigung, so bindet der Vergleich die Parteien ebensowenig wie ein nicht genehmigter Vergleich des Vormunds (vgl. § 1829 BGB.). Stärker als in diesem letzteren Falle wirkt der gerichtliche Konsens auch beim Zwangsvergleiche nicht. Die Bestätigung hat keineswegs, wie die sog. Urteilslehre (Begründer: A. S. SCHULTZE, Konkursrecht S. 114ff.) behauptet, die Kraft eines rechtsgestaltenden Richterspruchs. Den Inhalt des Vergleichs hat das Gericht nicht zu bestimmen. Es kann kein Jota zusetzen oder abstreichen. Es kann den Vergleich nur im ganzen verwerfen oder im ganzen bestätigen und ist bei der Verwerfung an feste gesetzliche Schranken gebunden. Nur aus der rechtsgeschäftlichen Natur des Vergleichs ist die Anfechtbarkeit des „vergleichsmäßigen Erlasses“ wegen eines Willensmangels und nur aus ihr die Bedingbarkeit des Vergleichs [unten S. 144] erklärbar (§ 196). Wenn nach rechtskräftiger Vergleichsbestätigung Irrtum und Drohung als Anfechtungsgründe ausgeschaltet sind, wie das wohl ein Gegenschluß aus § 196 ergibt, so liegt darin eine auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende Beschränkung, aber durchaus kein Gegengrund gegen die Vertragslehre. Ebensowenig spricht dagegen die gesetzliche Bankrottfolge des Erlaßwegfalles (§ 197). Antrag und Annahme geben dem Zwangsvergleich seinen Inhalt. Die Bestätigung ist zwar ebenfalls eine wesentliche Vorbedingung seiner Wirksamkeit. Sie hebt aber darum seinen rechtsgeschäftlichen Charakter ebensowenig auf als etwa das wesentliche Buchungserfordernis den der Übereignung oder Belastung von Grundstücken (§ 873 BGB.). Der Gesamtvorgang ist ein Vertrag. Zust. RG. Bd. 77, S. 404; Bd. 92, S. 187 und die herrschende Lehre. Da aber über den Vorschlag im Vergleichstermin verhandelt und abgestimmt wird, erscheinen die Erklärungen der Parteien in der Form von Prozeßhandlungen, weshalb z. B. die Vertretungssätze der §§ 79ff., 85, 232 ZPO. entsprechend anwendbar sind (§ 72).

[1]) Es kann schon ein erheblicher Gewinn sein, wenn der Betrieb des Unternehmens nicht fremden Händen anvertraut zu werden braucht. Auch der Kostenaufwand verringert sich oft beträchtlich, da z. B. der besondere Aufwand der Verwertung, Honorar des Verwalters oder der Mitglieder eines Gläubigerausschusses erspart wird. Die allgemeine Gerichtsgebühr ist im Falle des Zwangsvergleichs nicht geringer als bei der Ausschüttung der Masse (§ 42; siehe aber z. B. auch § 45 GKG.).

[2]) Der Mehrheitszwang, die Möglichkeit der Majorisierung, ist das besondere Kennzeichen, das der Einrichtung den Namen „Zwangsvergleich“ verliehen hat. Der Abstimmungsweg ist die gesetzliche Form für die Bildung einer einheitlichen Willenserklärung der nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger. Wie im Verfassungsleben der „Gemeinwille“ kund wird in den Entschließungen der ausschlaggebenden Majorität, so bringt im Mehrheitsbeschlusse des § 182 die Gesamtheit der beteiligten Gläubiger ihren Willen zum Ausdruck. Von einer Fiktion ist da keine Rede. Auch nicht von einer Vertretung der „Minderheit“ durch die Mehrheit. Omnes facere videntur, quod facit maior pars (Glosse ad l 7 § 19 Dig. II 14). Nach alledem trifft es nicht zu, wenn Anhänger der Urteilslehre behaupten, vom Vertragsstandpunkt aus sei eine Bindung der Minderheit unerklärbar: aufgezwungener Wille sei kein Wille. Eines Rechtssatzes, der den Mehrheitswillen für maßgebend erklärt, bedarf es freilich. Ohne solchen wäre aber auch die Urteilstheorie, die Macht des Richters, Ansprüche der Minderheit zu schmälern, nicht zu stützen.

Erhöhte Vorteile bietet ein Mehrheitszwang zur Abwendung drohender Konkurse[1]).

2. Vertragsparteien sind der Schuldner (in Person) und die nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger (§ 173). Bevorrechtigte Konkursgläubiger und Massegläubiger nehmen am Vertrage nicht teil und sind vorweg aus der Masse zu decken (§ 191). Absonderungsberechtigte Konkursgläubiger unterliegen dem Vergleich nur mit dem Betrag ihres Verzichts oder Ausfalls (§ 64). Der Konkursverwalter spielt im Vergleichsverfahren eine Nebenrolle[2]).

3. Der Zwangsvergleich ist in allen Arten von Konkursen möglich, ausgenommen den Genossenschaftskonkurs und den Konkurs eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (§ 116 GenG., §§ 52f. VAG.)[3]).

II. **Die Voraussetzungen** eines Zwangsvergleichs sind:

1. Ein **Vorschlag** des Schuldners (Vertragsanerbieten). Der Vorschlag muß angeben, wie die Gläubiger befriedigt, ob und welche Sicherheiten ihnen geboten werden sollen (§ 174). Er ist beim Konkursgericht einzureichen oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu erklären[4]).

Der Zwangsvergleich kann schon vor dem Prüfungstermine vorgeschlagen, aber erst in der Zeit zwischen Prüfungsverhandlung und Genehmigung der Schlußverteilung abgeschlossen werden (§ 173). Prüfungs- und Vergleichstermin darf das Gericht auf ein und denselben Tag ansetzen (§ 180). Ja es können Wahl-, Prüfungs- und Vergleichsverhandlung in einer Tagfahrt aufeinander folgen (§ 110 II). Eine geplante Abschlagsverteilung kann das Gericht auf Schuldnerantrag aussetzen, um das Gelingen des geplanten Vergleichs zu fördern.

Wird ein Vergleich vorgeschlagen, so hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen, ob der Vorschlag inhaltlich genügend bestimmt ist (§ 174), und ob nicht etwa ein Vorgang des § 175 (z. B. Flucht oder Bankbruch des Schuldners) die Besorgnis unlauterer Verschleierung der Vermögenslage rechtfertigt. Liegt ein Hindernis der einen oder anderen Art vor, so muß das Gericht den Vorschlag oder den Vergleich für unzulässig erklären. Auch den inhaltlich genügenden Vorschlag eines an sich zulässigen Vergleichs kann es zurückweisen, falls bereits in demselben Konkursverfahren

---

1) Der sog. Präventivakkord. Darüber unten S. 161.

2) Siehe die §§ 176, 179, 184. Eine Äußerung des Verwalters über die Annehmbarkeit der Vergleichsvorschläge verlangt das Gesetz (§ 177) nicht. Ihre Einholung ist aber üblich und besonders beim Fehlen eines Ausschusses zweckmäßig. Auch pflegen die Gerichte den Verwalter im Vergleichstermin als Gutachter zu hören.

3) In den Ausnahmefällen ist der konkursbeendende Zwangsvergleich auch als bloße Zwangsstundung unstatthaft. Die Ausnahmen beruhen darauf, daß hier die persönliche Haftung der Verbandsmitglieder den Gläubigern gerade im Konkursfalle zur Vollbefriedigung verhelfen soll. Diese Erwägung mag im allgemeinen den Ausschluß eines Kapitalerlasses rechtfertigen. Sanierenden Zwangsstundungen (mit und ohne Zinserlaß) steht sie nicht im Wege. Darum bedeutet der 35 II AufsVO., der einen konkursabwendenden Zwangsvergleich wenigstens in der Gestalt der Zwangsstundung bei Genossenschaften zuläßt, unleugbar einen Fortschritt. Für Versicherungsvereine gilt die AufsVO. nicht (§ 74).

4) Vgl. § 496 II ZPO. Antrag und Annahme sind in die Form von Prozeßhandlungen gekleidet [oben S. 139f., Note 7]. Der Vorschlag wird zum annahmefähigen Antrag erst, wenn ihn der Schuldner mündlich im Termin erklärt. Bindend für den Schuldner und etwaige Vergleichsbürgen wird er durch die Annahme (§ 182), nicht früher, aber auch nicht erst durch die gerichtliche Bestätigung. Die Sicherstellung bildet keinen wesentlichen Bestandteil des Vertrags und erübrigt sich ganz in den Fällen, in denen die Befriedigung der Vergleichsgläubiger nicht ratenweise, sondern alsbald und auf einmal durch vorher bereitgestellte Mittel erfolgt. Den Hauptfall der Sicherung stellt die Vergleichsbürgschaft dar. Beispiel unten S. 144 f. N. 4. Pfandsicherungen stoßen wegen des Gebots der Gleichbehandlung aller, auch zur Zeit unbekannter Gläubiger auf Schwierigkeit. Ein Treuhandzwangsvergleich, demzufolge die Vergleichsgläubiger (meist nach barer Berichtigung eines Bruchteils ihrer Forderungen) anteilsmäßig aus dem Erlöse der vom bisherigen Verwalter oder einem Dritten (einer natürlichen oder juristischen Person) als Treuhänder zu verwertenden Masse zu befriedigen sind, ist statthaft (zust. RG. Bd. 89, S. 131; Näheres JurW. 1918, 287ff.; ausdrücklich österreich. KO. § 157 II, wonach vereinbart werden kann, daß die Masse „in den Händen eines Vertrauensmannes der Gläubiger zu verbleiben habe").

ein Vergleichsversuch gescheitert ist (§ 176). Erfolgt eine Zurückweisung nicht, so holt das Gericht das Gutachten eines etwaigen Gläubigerausschusses (meist auch des Verwalters) über die Annehmbarkeit des Vorschlags ein (§ 177) und läßt Vorschlag und Gutachten zur Einsicht der Beteiligten auf der Gerichtsschreiberei auflegen (§ 178).

2. Die **Zustimmung** einer bestimmten Mehrheit der nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger (Vertragsannahme). Die Abstimmung erfolgt im Vergleichstermine, zu dem die Beteiligten von Amts wegen geladen werden (§ 179)[1]). Zur Annahme bedarf es: einmal der einfachen Kopfmehrheit aller abstimmenden Stimmberechtigten, zugleich aber einer Dreiviertelmehrheit alles stimmberechtigten, wenn auch an der Abstimmung nicht teilnehmenden Kapitals. § 182. Dieses doppelte Erfordernis einer Kopf- und einer Summenmehrheit will der Gefahr vorbeugen, daß viele kleine Gläubiger durch wenige große oder daß wenige große Gläubiger durch viele kleine vergewaltigt werden. Bei der Berechnung soll zur Verhütung von „Durchstechereien" der „für" den Vergleich stimmende Ehegatte des Schuldners oder Zessionar des Ehegatten (Strohmann) außer Betracht bleiben (§ 183)[2]).

3. Der durch Antrag und Annahme (1 und 2) zustandegekommene Vertrag bedarf, um wirksam zu werden, noch der **gerichtlichen Bestätigung** (§§ 184—189). Sie bildet einen Schutz gegen Übervorteilung der Gläubiger und gehört begrifflich wie ein obervormundschaftlicher Konsens der freiwilligen Gerichtsbarkeit an, obgleich das geltende Recht die Bestätigung dem Konkursgericht als solchem zuweist und sie der Beschwerde des Zivilprozesses unterstellt (§§ 73, 189). Sie hebt daher so wenig wie eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes den rechtsgeschäftlichen Charakter des bestätigten Vertrags auf[3]). Regelmäßig erfolgt die Bestätigung noch im Vergleichstermine (§ 184 II).

Die Verwerfung ist teils von Amts wegen (§§ 186, 187), teils nur auf Gläubiger-Antrag auszusprechen (§§ 188, 230 II, 236).

a) Der Vergleich muß **von Amts wegen** verworfen werden:

α) Bei unheilbarer Verletzung wesentlicher Vorschriften über den Vergleichsabschluß oder das ihm vorausgegangene Verfahren (§ 186 Nr. 1). Zu diesen Vorschriften gehört das Gebot der gleichmäßigen Befriedigung aller beteiligten Gläubiger. § 181. Eine unterschiedliche Bestimmung der Vergleichsrechte ist nur mit Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig (§ 181 Satz 2). Wird der Vergleich ungeachtet eines Verstoßes gegen das Gebot der Gleichbehandlung bestätigt, so ist das Bevorzugungsabkommen — nicht der Zwangsvergleich selbst[4]) — schlechthin nichtig (§ 181 Satz 3)[5]).

---

[1]) Die Vertragsschließung erfolgt also mündlich unter Anwesenden. Die Vertragsgenossen müssen persönlich erschienen oder ordnungsmäßig vertreten sein (§§ 51, 79ff. ZPO.).

[2]) Ein gegen den Vorschlag lautendes Votum des Ehegatten zählt. Im Zessionsfalle gelten Einschränkungen. Die innere Berechtigung der Vorschrift ist fragwürdig.

[3]) Siehe oben S. 139 f., Note 7.

[4]) Beachte freilich den § 196 I.

[5]) Strafbarkeit des Stimmverkaufs: § 243. Der § 181 fordert gleiches Recht für alle. Der Vergleich darf der Mehrheit keine anderen Rechte gewähren als der Minderheit, den an der Abstimmung teilnehmenden Gläubigern keine anderen als den nichtteilnehmenden: keine höhere Rate, keine stärkere Sicherheit, keine frühere Deckung. Ermittelt das Gericht den Verstoß, dann muß es den Vergleich verwerfen (§ 186 Nr. 1). Ein Gläubiger kann den Verstoß im Antragswege zur Berücksichtigung bringen (§ 188 I Nr. 1). Meist werden Sonderbegünstigungen verheimlicht. Kommt es alsdann zur rechtskräftigen Bestätigung des Vergleichs, dann äußert er seine Wirksamkeit (§§ 189, 193), unbeschadet einer Anfechtbarkeit des Erlasses wegen Betrugs (§ 196). Die Sonderbegünstigung aber ist nichtig (§ 181 Satz 3), auch unter den Kontrahenten selbst und ohne Rücksicht darauf, ob der Begünstigte an der Vergleichsschließung teilgenommen hat. Hat der Schuldner z. B. im allgemeinen 30%, einem ursprünglich widerstrebenden oder ihm nahestehenden Gläubiger aber in heimlicher Zusicherung 50% versprochen, dann verkürzt der rechtskräftig bestätigte Zwangserlaß auch die Forderung des Begünstigten auf 30%. Auch der

β) Wenn nach der Vertragsannahme ein Fall der Vergleichsunzulässigkeit eintritt, z. B. der Schuldner wegen betrügerischen Bankbruchs rechtskräftig verurteilt wird (§§ 186 Nr. 2, 175).

γ) Wenn der Vergleich weniger als 20% bietet und dieses Minderergebnis auf unredlichem Verhalten des Schuldners beruht (§ 187 Satz 1: gebotene Verwerfung von Amts wegen). Beruht es nur auf Leichtsinn, so ist die Verwerfung dem Ermessen des Konkursgerichts anheimgegeben, aber immerhin ohne Antrag möglich (§ 187 Satz 2: freigestellte Verwerfung von Amts wegen)[1].

b) Der Vergleich muß **auf Gläubigerantrag** verworfen werden: wenn er unlauter zustande kam[2]) oder dem gemeinschaftlichen Wohle der beteiligten Gläubiger widerstreitet[3]) (§ 188).

III. Wirkung.

1. Der rechtskräftig[4]) bestätigte Zwangsvergleich wirkt für und gegen **alle** nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger, einerlei, ob und wie sie abgestimmt haben[5]). Absonderungsrechte als solche bleiben unberührt. Auch streng abhängige Sicherungen bestehen unabgeschwächt weiter. Desgleichen die Mithaftung eines Bürgen oder Gesamtschuldners. § 193[6]).

Schuldner kann sich auf die Nichtigkeit der weitergehenden Zusage berufen. Hat er freilich die 50% ausbezahlt, dann scheitert jeder Bereicherungsanspruch am § 817 Satz 2 BGB. (RG. Bd.72, S. 46). Während beim konkursbeendenden Zwangsvergleich Ausnahmen vom Gebote der Gleichbehandlung nur mit dem Willen aller Zurückgesetzten statthaft sind (§ 181 KO), kennt der konkursabwendende Zwangsvergleich des Aufsichtsverfahrens auch eine Zwangszurücksetzung (§ 34 Aufs VO.). Dadurch ermöglicht sich eine Rücksichtnahme auf wirtschaftlich schwache Gläubiger und die Unschädlichmachung der Gleichgültigkeit von Trägern ganz kleiner Forderungen (die eben durch Vollbefriedigung ausgeschaltet werden). Siehe unten S. 164.

[1]) Eine verfehlte Neuerung des Gesetzes von 1918, die aber gleichwohl in der AufsVO. wiederkehrt (§ 55). Weit stärker als die Würdigkeit des Schuldners wiegt der Vorteil seiner Gläubiger.

[2]) Besonders durch Begünstigung eines Gläubigers (§ 181), beispielsweise auch durch Bestechung oder Bedrohung der Abstimmenden oder dadurch, daß ein Angehöriger des Schuldners Forderungen widerstrebender Gläubiger zu einem die Vergleichsquote übersteigenden Satz, also in Umgehung des § 181 aufkauft. Ob die unlautere Beeinflussung mit oder ohne Willen des Schuldners geschah, gilt gleich. Nur muß sie für den Vertragsabschluß ursächlich geworden sein („durch . . . . zustande gebracht").

[3]) Ein objektiver Maßstab. Der Fall liegt vor, wenn die Gläubiger bei Ausschüttung der Masse besser fahren würden als bei diesem Vergleich (etwa, weil dort eine unverhältnismäßig höhere Quote zu erhoffen wäre, weil die gebotene Sicherung nicht genügt, besonders der Vergleichsbürge ausreichender Leistungsfähigkeit ermangelt).

[4]) § 189 KO. mit § 705 ZPO.

[5]) Auch für und gegen solche, denen das Stimmrecht nach § 95 versagt worden war.

[6]) Auch wenn also die Konkursforderung infolge eines Zwangserlasses teilweise erlischt, besteht die dingliche oder persönliche Vollhaftung der Sicherheiten fort, die in Gestalt von Pfandrechten weitesten Sinnes oder von Vormerkungen an eignen Vermögensstücken des Schuldners oder am Vermögen Dritter begründet sind, oder die in der Verantwortlichkeit von Gesamtschuldnern und Bürgen ruhen (§ 193 Satz 2). Denn diese Sicherheiten sind gerade zu dem Zwecke geschaffen worden, dem Gläubiger Schutz gegen den Vermögensverfall des Schuldners zu bieten, eine Gewähr, die unzulänglich wäre, wenn sie nicht auch den Zwangsvergleich deckte. Entsprechend § 60 Abs. 2 AufsVO. für den konkursabwendenden Zwangsvergleich. Der Pfandhaftung gleich bleiben die durch Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt begründeten Deckungen bei Bestand. Wird etwa eine Konkursforderung auf 10000, die durch eine Bürgschaft oder durch eine Sicherungshypothek oder durch eine Pfandvormerkung gedeckt ist, durch Zwangserlaß auf 4000 herabgesetzt, so bestehen nach wie vor die Bürgenhaftung, das Grundpfandrecht (dieses noch immer als Sicherungshypothek) und die Vormerkung für volle 10000 weiter. Die Unterlage der unselbständigen Sicherungen bildet das unvollkommene Schuldverhältnis, das im Falle des Zwangserlasses nachbleibt [siehe den Text unter 2]. Da nur die einfachen Konkursforderungen dem Vergleich unterliegen, bleiben Vorrechtsansprüche und Massegläubigerrechte unangetastet (vgl. § 191). Desgleichen die durch den § 63 von der Konkursteilnahme ausgeschlossenen Ansprüche. Daher sind z. B. Freigebigkeitsforderungen auf Kosten von Vollschulden ungemindert weiter verfolgbar, eine Regelung, die vom Standpunkte der Billigkeit aus ernsten Bedenken begegnet. Darum unterwirft der § 62 AufsVO. Freigebigkeiten und

Die Feststellung zur Konkurstabelle bildet, falls auch der Schuldner persönlich nicht widersprochen hatte, gegen ihn und etwaige Selbstschuldgaranten nach rechtskräftiger Bestätigung des Vergleichs in dessen Grenzen einen Vollstreckungstitel. § 194. Sonach ist nur die „festgestellte" und auch vom Schuldner persönlich nicht bestrittene Forderung nach Maßgabe des Vergleichs vollstreckbar. Den Titel liefert nicht der Vergleich als solcher, sondern eine auch dem Schuldner gegenüber wirkende Feststellung (§ 144) im Rahmen des Vergleichs[1]).

2. Im Falle des Erlasses wirkt die erlassene Schuld als unvollkommenes Schuldverhältnis nach. In ihm finden auch abhängige Sicherungsrechte, die nach § 193 Satz 2 als solche (z. B. als Hypotheken) weiter bestehen, ihren Rückhalt[2]).

IV. Aufhebung.

1. Die Nichterfüllung des Vergleichs bewirkt weder dessen Aufhebung von Rechts wegen, noch verleiht sie den Gläubigern ein gesetzliches Rücktrittsrecht (§ 195)[3]). Doch kann der Vergleich, da er ein Rechtsgeschäft ist, durch den Willen der Vertragsgenossen in dem Sinne unter eine auflösende Bedingung gestellt werden, daß der Erlaß im Falle der Nichterfüllung rückgängig wird (§ 158 II BGB.). Fehlt eine solche „kassatorische Klausel", so darf der Gläubiger nach deutschem Recht in einem neuen Konkurse des Schuldners nur die noch unbezahlte Vergleichsrate anmelden[4]).

2. War der Vergleich durch Betrug (z. B. wissentlich falsche Darstellung der Vermögenslage, verheimlichte Sonderbegünstigung) zustande gebracht, so kann

---

Verfahrensteilnahmekosten, nicht auch Geldstrafen und Zinsen, trotz des Ausschlusses vom Vergleichsverfahren den Nachteilen des konkursabwendenden Zwangsvergleichs. Siehe dazu E. Jaeger, Geschäftsaufsicht (1917), S. 114ff. Nach der neueren österreich. KO. (§ 156 V) tilgt der Zwangsausgleich Verfahrenszinsen und Teilnahmekosten (aber nicht Freigebigkeiten und Geldstrafen) von Rechts wegen.

[1]) Ganz verfehlt ist die noch immer nicht überwundene Vorstellung, als ob es der Zwangsvergleich sei, der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit begründe. Das Gegenteil leuchtet ohne weiteres ein bei Forderungen, die zwar dem Zwangsvergleich nach § 193 Satz 1 unterworfen, aber nicht „festgestellt", vielleicht gar nicht angemeldet worden sind. Die Feststellung zur Konkurstabelle bejaht, wenn auch ein Widerspruch des Schuldners nicht erhoben oder überwunden worden ist, mit Urteilskraft den Bestand des Gläubigerrechts; der Vergleich aber bestimmt, inwieweit und zu welcher Zeit zu erfüllen und von wem etwa noch für die Erfüllung einzustehen ist. So beschränkt der Vergleich den Feststellungsvermerk in seiner Wirksamkeit gegen den Schuldner. Nur einem Vergleichsbürgen gegenüber erweitert er die Vollstreckbarkeit. Wie im Falle des § 164 bedarf es im Falle des § 194 einer vom Gerichtsschreiber des Konkursgerichts mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Tabelleintrags. Übrigens kommt einem Zwangsvergleichsbürgen nach der besonderen Bestimmung des § 194 die Rechtswohltat der Vorausklage nur zu, wenn sie ihm im Vergleich ausdrücklich vorbehalten worden ist.

[2]) Daß im Falle des Zwangserlasses die Konkursforderung für den erlassenen Teil als unerzwingbare, aber erfüllbare Verbindlichkeit fortbesteht, darauf weist der § 193 Satz 2 hin, insofern er streng abhängige Nebenhaftungen auch für diesen Teil fortbestehen läßt (vgl. z. B. auch RG. Bd. 42 S. 118, Bd. 71 S. 364, Bd. 78 S. 77). Zahlt der Schuldner freiwillig den erlassenen Teil, dann vollzieht er nicht eine Schenkung (etwa im Sinne des § 32), noch kann er das Geleistete als Zahlung auf eine Nichtschuld kondizieren.

[3]) Nach französischem Rechte, dem die meisten Auslandsgesetze (nicht z. B. Österreich) folgen, kann wegen Nichterfüllung des Vergleichs auf dessen Aufhebung geklagt werden (a. 520 c. com., a. 1184 c. civ.).

[4]) Wer also z. B. in dem durch Zwangsvergleich mit einer Quote von 30% beendeten Konkurse eine Forderung auf 1000 hatte, kann, wenn der Schuldner die Rate nicht leistet und neuerdings in Konkurs verfällt, im zweiten Verfahren von vornherein nur 300 anmelden, diese freilich, wenn jene 1000 konkursmäßig festgestellt waren, als titulierte Forderung (§ 146 VI). Ein etwaiger Bürge haftet vergleichsmäßig für die von ihm garantierte Ratenzahlung fort. Gegenüber der Gefahr schwerer Einbußen im Falle der Nichterfüllung des Vergleichs empfiehlt sich dringend die Aufnahme der kassatorischen Klausel. Entbehrlich ist sie (wie eine andere Sicherung) dort, wo der Vergleich auf einmalige Barzahlung mit schon bereitstehenden Mitteln geht. Auch, wo sie wirksam wird, führt sie (was ein Gegenschluß aus § 198 ergibt) nicht zur „Wiederaufnahme" des Konkurses. Wohl aber treten alsdann im Neukonkurse die Altgläubiger mit der vollen, noch

jeder Gläubiger für seine Person den „Erlaß“ **anfechten** (§ 196)[1]. Wird der Schuldner wegen betrügerischen Bankbruchs (§ 239), also z. B. wegen vorsätzlicher Vermögensverheimlichung oder Schuldenerdichtung verurteilt, dann tritt mit der Rechtskraft des Strafurteils die vergleichsmäßige Herabminderung der Rechte für alle Gläubiger von selbst außer Kraft (197). In beiden Fällen bleiben die Vergleichsvorteile, besonders die Rechte gegen Vergleichsbürgen[2]) für die Gläubiger bestehen (§§ 196, 197). Im zweiten Falle wird, wenn die Konkurskosten gedeckt sind oder durch freiwillige Vorschüsse gedeckt werden, das Konkursverfahren auf Antrag eines Gläubigers wieder aufgenommen. Das aufgenommene Verfahren (der Nachkonkurs) gilt als Fortsetzung des früheren. Doch dürfen neue Gläubiger beitreten §§ 198—201[3]).

---

ungetilgten Höhe ihrer Forderungen auf. Beispielsweise lautet ein Zwangsvergleich auf Ratenzahlung mit Vergleichsbürgschaft und kassatorischer Klausel so:

1. Die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger erhalten gegen Erlassung des Restes 40 % ihrer Forderungen, zahlbar in zwei Raten zu je 20 % am 15. Juni und am 15. Dezember dieses Jahres.
2. Für pünktliche Zahlung bürgt der Schwiegervater des Gemeinschuldners, Rentner Gustav Gareis in Gantheim.
3. Soweit die rechtzeitige Erfüllung ausbleibt, treten Erlaß und Stundung außer Wirksamkeit, unbeschadet der den Gläubigern durch den Vergleich gewährten Rechte.

[1]) Ein besonders geregelter Fall der Anfechtbarkeit wegen eines Willensmangels, nämlich wegen arglistiger Täuschung (im Sinne des § 123 I BGB.). Die §§ 142, 143 BGB. finden sinngemäße Anwendung. Durch solche Anfechtung wird nicht der Zwangsvergleich im ganzen, sondern nur die vergleichsmäßige Herabminderung der Forderung des einzelnen anfechtenden Gläubigers vernichtet. Eine „Wiederaufnahme“ des Konkurses (§§ 198ff.) findet hier nicht statt. Im Neukonkurs aber sind die ungetilgten Altforderungen zum vollen Betrag anmeldbar. „Erlaß“ bedeutet in den §§ 196, 197 jedes Nachlassen am Gläubigerrecht, auch die bloße Stundung.

[2]) Natürlich aber nur in den Vergleichsschranken, nicht etwa nun für die volle Höhe der Schulden.

[3]) Die Regelung ist zwiespältig und ohne praktische Bedeutung.

Vierter Abschnitt.

Die besonderen Konkursarten.

§ 29.

1. Allgemeines.

I. Besonderheiten materiell- und formellrechtlichen Inhalts sind für folgende vier Gruppen von Konkursen verordnet[1]):

1. Für den Konkurs der offenen Handelsgesellschaft (sowie der Kommandit- und der Kommanditaktiengesellschaft) in den §§ 209—212.

2. Für den Konkurs der Aktiengesellschaft in den §§ 207, 208. Diese Besonderheiten gelten entsprechend für Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§§ 63f., 71, 83f. GmbHG.) und für andere juristische Personen (Körperschaften und Stiftungen) sowie für Vereine ohne Rechtsfähigkeit (§ 213).

3. Für den Konkurs der eingetragenen Genossenschaften in den §§ 98—142, 147, 148 GenG. i. F. v. 12. 5. 1923 (RGBl. I S. 288). Ihm entspricht in wesentlichen Punkten der Konkurs eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit. Siehe unten § 33 III.

4. Für den Nachlaßkonkurs in den §§ 214—235 KO. Seine Eigentümlichkeiten gelten auch für den Konkurs des Gesamtguts einer fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 236).

Die stille Gesellschaft ist als solche nicht konkursfähig: das Geschäftsvermögen gehört dem Inhaber allein (§ 335 HGB.). Auch der stille Gesellschafter aber darf seine Einlage, soweit sie den vertragsmäßigen Verlustanteil nicht übersteigt, im Konkurse des Geschäftsinhabers nicht etwa als Konkursgläubiger zurückfordern. Insoweit trägt der stille Gesellschafter eine Garantiehaftung[2]). Soweit dagegen die Einlage den vertragsmäßigen Verlustanteil übersteigt, ist der stille Teilhaber wie ein Darlehnsgeber Konkursgläubiger (§§ 340, 341 I HGB., § 16 KO.). Bei rückständiger Einlage ist er für den zur Deckung seines Verlustanteils erforderlichen Betrag Schuldner der Masse (§ 342 II HGB.)[3]).

II. Die Konkursmöglichkeit besteht bei allen konkursfähigen Verbänden und Anstalten so lange, als die Verteilung des Vermögens noch nicht vollzogen ist (§§ 207 II, 209 II, 213 KO., § 98 GenG.).

III. Ist nach Konkursbeendigung noch Gesellschafts- oder Vereinsvermögen vorhanden, dann befinden sich Gesellschaft oder Verein kraft Gesetzes im Stande der Liquidation. So besonders bei Zwangsvergleich oder Einstellung auf Schuldnerantrag (§§ 190, 202). In diesen beiden Fällen können aber alle Handelsgesellschaften ihre „Fortsetzung“ beschließen und so den Abwicklungszweck wieder mit

---

[1]) Soweit abweichende Vorschriften fehlen, bewendet es hier überall bei den Sätzen des Regelkonkurses. Über die Konkursfähigkeit und ihre Grenzen siehe oben S. 8 ff. Wie beim Einzelkaufmann ist nach § 32 HGB. die Eröffnung des Konkurses, die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses, die Aufhebung des Konkurses selbst und dessen Einstellung von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen. Siehe ferner § 102 GenG., § 25 BGB. Anzeigen des Gerichtsschreibers an die Registerbehörden: §§ 112, 116, 163, 190, 205 KO.

[2]) Darüber, daß offene Handelsgesellschafter und Kommanditisten ihre aktiven „Kapitalanteile“ nicht als Konkursforderungen im Konkurse der Firma verfolgen können, siehe oben S. 34 Note 3.

[3]) Wegen der Gläubigeranfechtung oben S. 109f.

dem Erwerbszwecke vertauschen (§§ 144, 161, 307, 320 HGB., § 60 Nr. 4 GmbHG.). Die „Rekonstitution" eines Vereins kann nur nach Maßgabe der §§ 21, 22 BGB. erfolgen[1]). Wird im Falle des Zwangsvergleichs eine Fortsetzung nicht beschlossen, so ruhen die Vergleichsschulden auf der Abwicklungsgesellschaft. Für Genossenschaften und für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit ist der Zwangsvergleich ausgeschlossen[2]).

IV. Im Folgenden werden nur die typischen Erscheinungen der außerordentlichen Konkursarten behandelt. Auf Besonderheiten im Bereiche der übertragenen Anwendung wird kurz hingewiesen.

2. Die vorbildlichen Hauptfälle.

§ 30.

a) Konkurs der offenen Handelsgesellschaft.

I. Konkursgrund ist nach § 209 I ausschließlich die Zahlungsunfähigkeit der Firma[3]). Den Konkursantrag kann als Schuldner jeder derzeitige[4]) Teilhaber stellen; wenn sich die Firma bereits in Liquidation befindet, außerdem auch jeder Liquidator als solcher (§ 210). Eine Antragspflicht besteht nicht.

II. Gemeinschuldner sind die dermaligen Gesellschafter selbst in ihrer Eigenschaft als Mitträger des Gesellschaftsvermögens. Das Antrags-, Beschwerde-, Stimm- und Bestreitungsrecht eines Gemeinschuldners hat jeder dermalige offene Gesellschafter. Jeden von ihnen treffen die Obliegenheiten eines Gemeinschuldners, namentlich die Auskunftspflicht und der Wohnortszwang (§§ 100, 101, 125)[5]).

III. Konkursgläubiger sind alle persönlichen Gläubiger der Firma, die einen bei Konkursbeginn begründeten und im Konkurse verfolgbaren Vermögensanspruch haben (§§ 3, 63), nicht die Privatgläubiger der einzelnen Teilhaber. Teihaber „können" Konkursgläubiger sein, aber nicht für ihre Einlage[6]). Frühere Teilhaber sind Konkursgläubiger in Höhe ihres Auseinandersetzungsguthabens (§ 738 BGB.).

IV. Die Konkursmasse begreift alles bei Konkursbeginn beschlagsfähige Vermögen der Firma (§ 1), nicht das Privatvermögen der Teilhaber. Zum Gesellschaftsvermögen gehören besonders die bereits entrichteten Einlagen sowie die Ansprüche auf Einlagerückstände und auf Schadensersatz gegen einzelne Mit-

---

[1]) Also nur dadurch, daß bei wirtschaftlichem Hauptzwecke des Verbandes die erneute Verleihung, sonst aber die erneute Eintragung in das Vereinsregister erwirkt wird.

[2]) Siehe oben S. 141.

[3]) Oben S. 124.

[4]) Nicht ein schon ausgeschiedener Gesellschafter, sollte er auch zur Zeit des Antrags noch als Gesellschafter im Handelsregister eingetragen sein. RG. Bd. 93 S. 240 (der § 15 HGB. ist insoweit ohne Einfluß).

[5]) Jeder persönlich haftende Gesellschafter ist im Konkurse der Firma den Einbußen unterworfen, die ein Gemeinschuldner an seinen staatsbürgerlichen Rechten erleidet, also z. B. dem Verluste der Befähigung zum Laienrichteramt. Siehe oben S. 9 Note 2. Jeder ist unmittelbar dem Konkursstrafrechte der §§ 239 ff. ausgesetzt. Im Konkurs einer Kommanditgesellschaft sind ebenfalls die persönlichen Gesellschafter, aber auch nur sie, nicht zugleich die Kommanditisten, Träger der Gemeinschuldner-Rolle. Darum versagt das Gesetz den Kommanditisten auch das Recht, den Konkurs der Firma zu beantragen oder einen Zwangsvergleich vorzuschlagen (§§ 210, 211). — Liquidatoren spielen eine Rolle lediglich noch im Eröffnungsverfahren. Der Konkurs selbst verdrängt sie. Fortab haben Gemeinschuldnerrechte und Gemeinschuldnerpflichten nur die Gesellschafter wahrzunehmen. Auch gilt nicht etwa, wenn die Gesellschaft im Erwerbsstande dem Konkurs verfällt, die bisherige Ordnung der Vertretung weiter. Sie verliert, sobald die Gesellschaft in den Abwicklungsstand eintritt (§ 131 Nr. 3 HGB.), ihre Maßgeblichkeit. Die Gesellschafter handeln eigenen Namens im Konkurse.

[6]) Siehe oben S. 34 Note 3. Konkursforderungen bilden z. B. die Ersatzansprüche, die einem Gesellschafter für Verwendungen und Verluste nach § 110 HGB. gegen „die Gesellschaft" zustehen; namentlich aber Forderungen, die ihm nicht anders als dritten Personen aus besonderen Rechtsgeschäften (z. B. Darlehnsverträgen) mit der Firma erwachsen sind.

glieder (z. B. nach §§ 111ff. HGB.). Über die Einlagepflicht hinaus kann der Konkursverwalter des Gesellschaftskonkurses die Mitglieder auf Begleichung ihrer Passivsalden nicht belangen[1]).

V. Für die Konkursbeendigung infolge Zwangsvergleichs gilt: der Vergleich setzt den einheitlichen Vorschlag aller Träger der Gemeinschuldnerrolle voraus[2]) und begrenzt im Zweifel zugleich die Haftung ihres Privatvermögens (§ 211). Die Haftung von Pfändern, Bürgen und Mitschuldnern, auch von früheren Teilhabern[3]), besteht nach § 193 Satz 2 KO. fort.

Der von keinem Mitglied bestrittene Feststellungsvermerk erkennt für die Zeit der Feststellung den Bestand der Gesellschaftsschuld gegenüber allen Mitgliedern an, läßt aber dem einzelnen noch persönliche Einwendungen (wie die eines gesonderten Erlasses) offen. § 129 I HGB. Eine Vollstreckung aus der Tabelle nach § 194 KO. findet nur gegenüber der fortgesetzten oder liquidierenden Gesellschaft selbst, nicht auch unmittelbar gegenüber den einzelnen Mitgliedern statt[4]).

VI. Der Gesellschaftskonkurs hat bei uns die Privatkonkurse der Teilhaber nicht rechtsnotwendig im Gefolge[5]). Kommt es aber zur Eröffnung eines Privatkonkurses, so nehmen daran nicht nur die Privatgläubiger, sondern auch die Gesellschaftsgläubiger teil. Diese dürfen jetzt auch während des Gesellschaftskonkurses ihre vollen Forderungen von jedem Mitgliede beitreiben (§§ 128f. HGB.). Nur beim Zusammentreffen von Gesellschafts- und Privatkonkurs werden die Gesellschaftsgläubiger im Privatkonkurs ähnlich wie absonderungsberechtigte Konkursgläubiger beschränkt (§ 212 KO.): der Gesellschaftsgläubiger darf zwar im gleichzeitigen Privatkonkurse sofort und voll anmelden, erhält aber die Dividenden nur für den feststehenden Ausfall- oder Verzichtbetrag[6]). Für mehrere nebeneinander eröffnete Privatkonkurse gilt nach § 68 KO. mit § 128 HGB. der Grundsatz der Doppelanmeldung. Er wird entsprechend auf den Fall anzuwenden sein, daß während des Gesellschaftskonkurses eine Teilzahlung aus einer konkursfreien Privatmasse geleistet wird.

§ 31.

b) Konkurs der Aktiengesellschaft.

I. Konkursgrund ist neben der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nach § 207 I auch die Überschuldung[7]). Überschuldung liegt vor, wenn die wirklichen

---

[1]) Dieser Ansicht ist nun auch der STAUBsche Kommentar zum HGB. in 10. Aufl. beigetreten (§ 131 Anm. 13). Ebenso DÜRINGER-HACHENBURG HGB. § 144 Anm. 6. Die Frage kann daher kaum noch als bestritten gelten.

[2]) Der Vorschlag muß also von allen persönlich haftenden Gesellschaftern ausgehen und im Vergleichstermine von ihrem übereinstimmenden Willen getragen sein. Liquidatoren haben, wie bemerkt, ausgespielt. Darum wird ihnen auch kein Vorschlagsrecht zugestanden. Ebensowenig ehemaligen Gesellschaftern. Entsprechend § 164 österr. KO. Im Sinne der §§ 175, 187, 197 schadet die Pflichtwidrigkeit auch nur eines der jetzigen offenen Gesellschafter (nicht mehr streitig).

[3]) Denn diese sind Mitschuldner des Gemeinschuldners (nicht selber Gemeinschuldner) im Sinne des § 193 Satz 2 KO. Vgl. RG. Bd. 29 S. 38, Bd. 56 S. 366.

[4]) Dies folgt aus dem Grundsatze des § 129 IV HGB.

[5]) Im Auslande zieht der Gesellschaftskonkurs die Privatkonkurse der persönlich haftenden Gesellschafter vielfach ohne weiteres nach sich (so z. B. in Italien und Spanien nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, in Frankreich nach herrschender Meinung). Auch in Österreich war nach § 199 KO. v. 1868 im Falle der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses von Amts wegen die Eröffnung der Privatkonkurse zu verfügen. Die KO. von 1914 hat sich unserm Reichsrecht angeschlossen, aber mit der zweckmäßigen Besonderheit, daß für eine Eröffnung der Privatkonkurse mit dem Gesellschaftskonkurs oder während desselben das Konkursgericht des Gesellschaftskonkurses zuständig ist (§ 65 II, vgl. § 70 II). So wird die einheitliche Behandlung beider Konkursgruppen trotz ihrer Selbständigkeit gefördert.

[6]) Siehe oben S. 88. Entsprechend § 132 III österr. KO. v. 1914.

[7]) Weshalb, darüber oben S. 124.

Schulden[1]) der Gesellschaft den wirklichen gegenwärtigen Wert ihres Vermögens übersteigen. Die gesetzlichen und die tatsächlich in Übung stehenden Bilanzierungsregeln, die im wesentlichen auf die Gewinnverteilung zugeschnitten sind, haben für die Ermittelung des Konkursgrundes keine bindende Kraft. Nicht die Buchwerte[2]), sondern die wahren Zeitwerte sind maßgebend. Auch sind Grundkapital (bei der GmbH. das Stammkapital) und echte Reservekonten[3]) für unsern Zweck nicht als Passiven in Ansatz zu bringen (gegen § 261 Nr. 5 HGB., § 42 Nr. 4 GmbHG.).

Zum Konkursantrag ist außer den Konkursgläubigern jedes Vorstandsmitglied[4]) und, wenn der Antrag im Liquidationsstadium gestellt wird[5]), jeder Liquidator (§ 208), nicht aber ein Aktionär als solcher, nicht die Generalversammlung oder der Aufsichtsrat berechtigt[6]). Vorstandsmitglieder und Liquidatoren sind unter strenger zivil- und strafrechtlicher Verantwortlichkeit zur Konkursbeantragung verpflichtet. Doch bestehen zur Zeit Einschränkungen dieser Pflicht[7]).

II. Gemeinschuldnerin ist die Gesellschaft selbst als juristische Person. Sie behauptet für die Zwecke des Konkurses (zunächst freilich auch nur insofern) ihre Rechtspersönlichkeit und handelt, soweit Befugnisse und Obliegenheiten eines Gemeinschuldners wahrzunehmen sind, durch ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter. Die Gesellschaftsorgane fungieren in diesem Zweckbereiche fort, vom Konkursverwalter nur insoweit ausgeschaltet, als dieser im Konkurs einer Einzelperson den Schuldner persönlich oder dessen gesetzlichen Vertreter (z. B. Vormund) verdrängt (§ 6). Dementsprechend haben beispielsweise die Mitglieder des Vorstandes der verganteten Aktiengesellschaft (nicht anders als der Vormund eines entmündigten Verschwenders) die Gemeinschuldnerrechte der Bestreitung im Prüfungstermine, der Beantragung eines Zwangsvergleichs und der Beschwerde auszuüben[8]), aber auch die Gemeinschuldnerpflichten der Auskunft und des Offenbarungseides zu erfüllen[9]). Auch ist es denkbar, daß der Aufsichtsrat im Interesse der Gemein-

[1]) Auch die nicht fälligen (vgl. § 65 KO.), aber nur wahre Passiven. So zählt z. B. eine Bürgenhaftung der Firma nicht mit bei zweifelsfreier Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners.

[2]) So nicht die heute außerordentlich weitgehenden Abschreibungen, zumal sie keineswegs nur berechtigter Fürsorge für die Zukunft des Unternehmens zu dienen pflegen. Andrerseits aber auch nicht die Überbewertung von Sacheinlagen.

[3]) Die „Prämienreserve" der Versicherungsgesellschaften ist ein Passivum, der die entsprechenden Rücklagen enthaltende „Prämienreservefonds" ein Aktivum. Siehe oben S. 50.

[4]) Bei der GmbH. jeder Geschäftsführer.

[5]) Auch hier besteht für den Abwicklungszweck noch eine Verbandsperson mit Konkursfähigkeit. Häufig ist die Liquidation nur Vorläuferin des Konkurses. Im Falle liquidationsloser Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine andre kann die Voraushaftung des § 306 IV HGB. im Wege eines Sonderkonkurses der Übernehmerin mit dem übernommenen Vermögen verwirklicht werden. Siehe oben S. 9 Note 4.

[6]) Bei der GmbH. nicht die Gesellschafterversammlung, in keinem Falle Prokuristen oder Generalbevollmächtigte.

[7]) Auch für die entsprechende Antragspflicht der Geschäftsführer einer GmbH. Näheres oben S. 125. Über die Beantragung des Konkurses bei Versicherungsanstalten siehe ebendort.

[8]) Nach gesetzlicher Regel (Kollektivvertretung) aber nur zusammen und in einheitlichem Sinne (§ 232 I HGB.). Gleiches gilt für die Geschäftsführer einer im Konkurse stehenden GmbH. (§ 35 II 2 GmbHG.). Ist der Konkurs einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH. im Stande der Liquidation eröffnet worden, so behalten die Gesellschaften ihre Liquidatoren als gesetzliche Gemeinschuldner-Vertreter (Kollektivvertretung: § 298 III HGB., § 68 I 2 GmbHG.). Anders als bei der offenen Handelsgesellschaft (vgl. § 211 I KO.) werden die Liquidatoren juristischer Personen nicht kraft Gesetzes verdrängt. Bleibt ihnen auch von der eigentlichen Liquidatoren-Aufgabe so gut wie nichts übrig, so kommen doch nach Lage der Sache nur sie noch für die gesetzliche Vertretung in Betracht, sei es für Aufgaben des Konkurses oder für solche, die unabhängig von ihm bestehen, wie z. B. die Einreichung und Berichtigung von Gesellschafterlisten nach den §§ 40, 69 GmbHG. (KGJ. 48 S. 134). Im übrigen siehe LZ. 1913 S. 355ff. Erforderlichen Falles ist ein Notvertreter im Sinne des § 29 BGB. zu bestellen.

[9]) Diese Pflichten treffen jedes einzelne Vorstandsmitglied, jeden einzelnen Geschäftsführer, jeden einzelnen Liquidator. Sie alle unterliegen den Zwangsmitteln des § 101 KO.

schuldnerin tätig zu werden, etwa die Generalversammlung einzuberufen hat, um darüber zu beraten und zu beschließen, ob im Wege des Zwangsvergleichs oder der Einstellung auf Schuldnerantrag eine Rückbildung der Gesellschaft nach § 307 HGB. angestrebt werden soll (vgl. §§ 246, 253 II HGB.)[1]).

III. Konkursgläubiger sind alle persönlichen Gläubiger, die einen bei Konkursbeginn begründeten und im Konkurse verfolgbaren Vermögensanspruch an die Gesellschaft haben (§§ 3, 63). Der Aktionär als solcher ist nicht Gläubiger: die Aktieneinlage geht im Konkurse der Gesellschaft verloren[2]). Er kann aber Konkursgläubiger sein, nicht bloß (wie jeder Dritte) auf Grund besonderer Rechtsgeschäfte mit der Firma (z. B. einer Darlehnshingabe an sie), sondern auch mit Forderungen, die vor Konkursbeginn aus der Mitgliedschaft erwachsen sind, wie z. B. auf fällige Dividenden, auf Bauzinsen oder auf Rückzahlung wegen Kapitalsherabsetzung[3]).

Im Konkurse der Hypothekenbanken genießen die Pfandbriefgläubiger, im Konkurse der Versicherungsaktiengesellschaften (und der Versicherungsvereine a. G.) die Lebensversicherungsgläubiger eigenartige Vorrechte[4]).

IV. Die Konkursmasse begreift alles bei Konkurseröffnung beschlagsfähige Gesellschaftsvermögen (§ 1). Seinen Grundstock bilden die Einlagen der Aktionäre. Unerhobene Einlagen hat der Konkursverwalter an den satzungsmäßigen Zahlungsterminen, soweit erforderlich, einzuziehen[5]). Zur Konkursmasse gehören auch etwaige Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Gründer, Vorstände, Aufsichtsräte oder Liquidatoren[6]). Diese Ansprüche entstehen von vornherein als Forderungsrechte der Gesellschaft und unterliegen daher schon nach Maßgabe der §§ 1, 6 KO. der Verfügung des Konkursverwalters, auch seiner bindenden Vergleichsschließung. Aus Zweckmäßigkeitsgründen behandelt aber der § 217 HGB. auch das den einzelnen Gesellschaftsgläubigern auf Grund gesetzwidriger Zahlungen an Aktionäre gegen die Empfänger erwachsene Recht, wenn der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet ist, als einen ausschließlich vom Konkursverwalter für gemeinschaftliche Rechnung der Beteiligten zu verfolgenden Bestandteil der Konkursmasse[7]).

V. Die Konkursbeendigung kann wie bei Einzelpersonen Aufhebung nach Ausschüttung der Masse oder Zwangsvergleich und Einstellung auf Schuldner-

---

[1]) Vgl. RG. Bd. 81 S. 337. Siehe auch die bezeichnende Bestimmung des § 104 GenG.

[2]) Ebenso die Stammeinlage eines Gesellschafters der GmbH. samt etwaigen zu ihrer Ergänzung geleisteten Nachschüssen (§ 26 GmbHG.).

[3]) Dies ist für das Aktienrecht anerkannt. Für das Recht der GmbH. wird aus § 30 I GmbHG. gefolgert, daß die aus der Mitgliedschaft erwachsenen Forderungen bei nachträglichem Eintritte der Überschuldung wegfallen (siehe HACHENBURG, GmbHG. § 29 Anm. 8, § 63 Anm. 15).

[4]) Darüber oben S. 48ff. Die Forderungen aus Schuldverschreibungen der Gesellschaft werden im Verkehr häufig als „Prioritätsobligationen“ bezeichnet, was besagen soll, daß die „Obligationäre“ den Aktionären (die als solche aber gar nicht Gläubiger sind) vorgehen. Es handelt sich um einfache Konkursforderungen. Eine gemeinsame Vertretung regeln die §§ 18, 19 SchuldverschrG. Gesetzlich geboten ist die Bestellung eines gemeinsamen Pflegers für die Versicherten im Konkurs einer Lebensversicherungsanstalt (§ 62 VAG.).

[5]) Ebenso erhebt der Konkursverwalter einer GmbH. rückständige Einzahlungen auf die Stammeinlagen und rückständige Nachschüsse. Eine Aufrechnung gegenüber dieser Einlagepflicht ist den Mitgliedern versagt (§ 221 Satz 2 HGB., § 19 II GmbHG.). Die Gesellschafterversammlung kann auch noch im Laufe des Konkurses, etwa um mit diesen Mitteln einen Zwangsvergleich zur Erhaltung der GmbH. zu erzielen (§ 60 I Nr. 4 GmbH.), die Einziehung von Nachschüssen beschließen (§ 26 GmbHG.). Alsdann bildet das Recht auf die Nachschüsse einen neuerworbenen, also nicht schon kraft Gesetzes zur Konkursmasse gehörenden Bestandteil des Gesellschaftsvermögens (§ 1 KO.). Entsprechendes gilt, wenn während des Konkurses der Aktiengesellschaft die Generalversammlung eine Kapitalserhöhung beschließt. — Die vielerörterte Frage, ob die Zeichnung von Aktien zur Aufbringung oder Erhöhung des Grundkapitals (§§ 189, 278ff. HGB.) ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des § 17 KO. sei, ist zu verneinen (zust. RG. Bd. 79 S. 176, Bd. 100 S. 3; siehe auch JurW. 1919, S. 190).

[6]) §§ 202ff., 241f., 249, 298 HGB.; §§ 9, 43, 52, 69 I GmbH.

[7]) Entsprechend § 171 HGB. für die Geltendmachung der Haftung des Kommanditisten im Konkurse der Kommanditgesellschaft. Vgl. RG. Bd. 74 S. 430. Aus ähnlichen Erwägungen ist die Konkursanfechtung ausschließlich dem Konkursverwalter zugewiesen. Siehe S. 117.

antrag oder wegen Mangels der Kostendeckung sein. Mit der Konkursbeendigung ist die Gesellschaft und ihre Firma erloschen, wenn alles Gesellschaftsvermögen in den Verteilungen aufgegangen war. Sonst befindet sich die Gesellschaft nun im Stande der Liquidation, einerlei ob der Konkurs schon in diesem Stande eröffnet worden war oder nicht. Zwar stellt der Konkurs selber eine Art der Liquidation dar, aber nur eine Auseinandersetzung mit den Gläubigern, nicht auch eine Auseinandersetzung unter den Mitgliedern. Diese bleibt noch zu vollziehen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung der Gesellschaft erschließt das Gesetz nach Konkursaufhebung infolge Zwangsvergleichs und nach Konkurseinstellung auf Schuldnerantrag, aber auch in diesen Fällen nur, wenn nicht etwa der Konkurs schon im Liquidationsstadium eröffnet worden war[1]). In allen anderen Fällen kann die Gesellschaft bloß im Wege einer Neugründung wieder Leben gewinnen, nicht wieder als die alte.

§ 32.

c) Konkurs der eingetragenen Genossenschaft.

I. Die Eigenart des Genossenschaftskonkurses erklärt sich aus der besonderen Natur des genossenschaftlichen Verbandes. Die eingetragenen Genossenschaften (Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften) sind im Genossenschaftsregister geführte Vereine, deren Mitgliederzahl (mindestens sieben) nicht geschlossen und deren Zweck die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft der Mitglieder durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb ist. So z. B. Vorschuß-, Kredit-, Rohstoff-, Konsumvereine, Absatz- und Produktivgenossenschaften (§§ 1ff. GenG.). Ihre körperschaftliche Verfassung (Vorstand, Aufsichtsrat, Generalversammlung, §§ 24ff. GenG.) ähnelt derjenigen der Aktiengesellschaft. In ihrem Wesen sind aber beide Gesellschaftsformen völlig verschieden. Die Genossenschaftsform will wirtschaftlich Schwache verbinden und stark machen. Der genossenschaftliche Zusammenschluß soll Handwerker, Landwirte, Kleingewerbetreibende, Arbeiter, Verbraucher fördern in ihrem Erwerb und in ihrer Wirtschaft. Die zu diesem Zweck erforderliche Kreditunterlage wird aber nicht durch alsbaldige Ansammlung eines großen Vereinsvermögens, sondern durch eine in dreifacher Abstufung vorkommende Schuldentragungspflicht der Vereinsgenossen gewonnen (Personal-, nicht Kapitalhaftung). Das Vereinsvermögen ist kein festes Grundkapital, sondern veränderlich nach der jeweiligen, nur nach unten begrenzten Zahl der Mitglieder und nach der Höhe ihrer einzelnen Guthaben (société à capital variable). In diesen beiden Punkten — der Mitgliederhaftung und der Veränderlichkeit des Vereinsvermögens — liegen die wesentlichsten Gegensätze zur Aktiengesellschaft. Sie treten klar hervor im Genossenschaftskonkurse (§§ 98ff. GenG.).

Die Genossen sind nämlich bei allen Arten der Genossenschaften nur für **den Ausfall** verantwortlich, den der Genossenschaftsgläubiger im Genossenschaftskonkurs erlitten hat. Die Mitgliederhaftung steht zunächst in zweiter Reihe: als eine nur gegenüber der Genossenschaft begründete und auf den Konkursausfall begrenzte „Nachschußpflicht“ (Deckungspflicht). Unmittelbar an die einzelnen Genossen darf sich der Genossenschaftsgläubiger erst halten, wenn er durch die zur Genossenschaftskasse erhobenen Nachschüsse nicht gedeckt worden ist. Ein solcher Einzelzugriff erschließt sich aber den Genossenschaftsgläubigern nur bei zwei Arten der Genossenschaften, bei den Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht und bei den Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht. Diese beiden unterscheiden sich dadurch, daß bei der ersten die Ver-

[1]) § 307 II HGB.; entsprechend § 60 I Nr. 4 GmbHG. Darüber oben S. 146f. Ein werbendes Unternehmen wird damit unmittelbar wieder in den Erwerbsstand zurückversetzt. Eine Liquidation, auch eine zwischenzeitliche, tritt nicht ein.

antwortlichkeit weder gegenüber der Genossenschaft noch gegenüber dem Gläubiger begrenzt ist, während sie sich bei der zweiten sowohl der Genossenschaft als dem Gläubiger gegenüber auf einen im voraus bestimmten Betrag (die Haftsumme) beschränkt. Bei der dritten Genossenschaftsart haben die Mitglieder gegenüber der Genossenschaft unbegrenzt, gegenüber dem Gläubiger aber überhaupt nicht für die Genossenschaftsschulden einzustehen: Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschußpflicht. Sonach bildet die „Haftpflicht" der Genossen eine Verantwortlichkeit ganz eigener Art: nach innen d. h. der Genossenschaft gegenüber eine Deckungspflicht, nach außen d. h. den Genossenschaftsgläubigern gegenüber eine gesetzliche Ausfallbürgschaft hinter der Genossenschaft.

Der Konkurs einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haft- oder Nachschußpflicht pflegt zur Vollbefriedigung der Gläubiger zu führen. Dieses Ergebnis wäre auf eine vom wirtschaftlichen Standpunkt aus weit vorteilhaftere Art zu erzielen, wenn die Nachschußpflicht der Genossen nicht erst innerhalb, sondern zur Abwendung des Konkurses verwirklicht würde[1]).

II. Die wichtigsten Besonderheiten des Genossenschaftskonkurses sind:

1. Konkursgrund ist die Zahlungsunfähigkeit; erst im Auflösungszustand auch die Überschuldung der Genossenschaft (§ 98 I GenG.)[2]). Bei den Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht genügt — wegen der in der Haftungsschranke liegenden Gefahr — schon während des Bestehens eine verschärfte, nämlich ein Viertel des Betrags der Haftsumme aller Genossen übersteigende Überschuldung (§ 140 Satz 1 GenG.).

2. Zum Konkursantrag ist auf der Schuldnerseite jedes Vorstandsmitglied, im Liquidationsstadium jeder Liquidator berechtigt und verpflichtet (§§ 99, 100, 118, 140 GenG.)[3]). Wegen Masseunzulänglichkeit darf der Eröffnungsantrag (gegen § 107 KO.) nicht abgewiesen werden, weil der Konkurs den einzigen Weg zur Verwirklichung der Mitgliederhaftung bildet (§ 100 III GenG.).

3. Gemeinschuldnerin ist die für die Konkurszwecke[4]) als Abwicklungsverband (§ 101 GenG.) fortbestehende juristische Person, nicht die Gesamtheit der Genossen. Zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten eines Gemeinschuldners wirken im Zweifel die bisherigen Organe weiter (§ 104, vgl. auch §§ 117, 118 GenG.)[5]).

4. Zu den Konkursgläubigern der Genossenschaft können auch Genossen zählen. Nicht zwar mit ihren Geschäftsguthaben, wohl aber mit Forderungen, die sie aus besonderen Rechtsgründen gegen die Genossenschaft erworben haben, etwa als Spareinleger einer Kreditgenossenschaft. Sie können auch durch Befriedigung von Genossenschaftsgläubigern deren Konkursforderungen nach Maßgabe der §§ 122, 124 GenG. kraft Gesetzes erwerben.

5. Zur Konkursmasse gehört alles beschlagsfähige Verbandsvermögen. Dieses wird ergänzt durch **die Nachschüsse** der Genossen (§§ 105ff. GenG.). Das

[1]) Eine Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses findet jetzt freilich auch bei Genossenschaften statt (§ 72, vgl. §§ 35 II, 76 AufsVO.). Allein die Mitgliederhaftung der Genossen läßt sich in diesem Verfahren nicht durchsetzen. Sie ist nach wie vor nur mittels des Genossenschaftskonkurses realisierbar, zu dem möglicherweise auch ein einziger Gläubiger seine Zuflucht nehmen muß. Wohl aber gereicht es dem Konkursabwendungsverfahren zur Förderung, daß bei den eingetragenen Genossenschaften die Einlagepflicht der Mitglieder auch gegen den Willen einzelner im Wege der Satzungsänderung erhöht werden kann (§§ 16 II, 132 GenG.).

[2]) Zunächst also nur die Zahlungsunfähigkeit, da die Genossenschaft eine Personal-, nicht eine Kapitalvereinigung ist, und da sie ihre Mittel unschwer erhöhen kann. Im Liquidationsstadium aber besteht keine begründete Aussicht mehr auf Besserung der Lage des Unternehmens. Von nun ab ist daher auch die Überschuldung Konkursgrund. Für deren Ermittelung gilt entsprechend, was S. 148f unter I ausgeführt ist.

[3]) Beschränkte Ausschaltung der Konkursantragspflicht: oben S. 125.

[4]) Zunächst aber auch nur für sie, weshalb z. B. der außerhalb dieses Zweckbereichs liegende Beitritt neuer Genossen im Konkursstande nicht zulässig ist (RG. Bd. 77 S. 154).

[5]) Hier gilt entsprechend, was S. 149 unter II über den Konkurs der Aktiengesellschaft gesagt ist.

Recht auf die erforderlichen Nachschüsse erwächst als Recht der Genossenschaft selbst. Es entsteht mit dem Konkurs und für diesen. Darum gehört es zur Konkursmasse. Darum ist der Konkursverwalter der berufene Leiter des Umlageverfahrens. Die Genossenschaftsorgane wirken unterstützend, zugleich im Interesse der Genossen, mit (§§ 115, 117, 122, 141 GenG.).

a) Bei Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht (§§ 119—125 GenG.) hat der Konkursverwalter, sobald sich auf Grund der Konkursbilanz (§ 124 KO.) der Bedarf einigermaßen übersehen läßt, in einer einstweiligen Aufstellung, **der Vorschußberechnung**, den gesamten Fehlbetrag zu veranschlagen und ihn im Wege einer Umlage von den Genossen — im Zweifel nach Köpfen — zu erheben. Weitere Umlagen auf Grund von **Zusatzberechnungen** können namentlich infolge Unvermögens einzelner Mitglieder oder erfolgreicher Beanstandung der Vorschußberechnung notwendig werden. Endgültig läßt sich der Fehlbetrag erst bestimmen, wenn das Konkursverfahren bis zum Beginne des Vollzugs der Schlußverteilung (§ 161 KO.) fortgeschritten ist. Diese abschließende Aufstellung, **die Nachschußberechnung**, ergänzt und berichtigt die Vorschußberechnung und etwaige Zusätze derselben[1]). Das Konkursgericht hat die Berechnungen aller Art in Terminen der Erörterung zu unterbreiten und nach Erledigung von Einwendungen (durch unanfechtbaren Beschluß), gegebenenfalls nach Berichtigung, für vollstreckbar zu erklären. Die Vollstreckbarerklärung kann der Genosse nur im Wege einer Klage gegen den Verwalter binnen einer Notfrist von einem Monat (seit Verkündung) anfechten. Das Urteil auf diese Klage wirkt Rechtskraft für und gegen alle Genossen[2]).

Zur Verteilung gelangt zunächst lediglich das schon vorhandene Genossenschaftsvermögen. Nur soweit die bei der Schlußverteilung (§ 161 KO.) berücksichtigten Konkursgläubiger aus der vorhandenen Masse Deckung nicht erlangt haben, setzt die Nachschußpflicht der Genossen ein (§ 105 I GenG.). So kommt es, daß die Nachschüsse den Gläubigern stets im Wege eigenartiger **Nachtragsverteilungen** (§ 166 KO.) zugeführt werden[3]). Diese Nachtragsverteilungen beginnen erst, wenn die „Nachschußberechnung" für vollstreckbar erklärt ist. Bis dahin werden die Beiträge bei der nach § 132 KO. bestimmten Stelle hinterlegt oder zinsbar angelegt. Ein Widerspruch des Vorstands im Prüfungstermin hindert überdies die Auszahlung so lange, bis der Widerspruch im Klagewege beseitigt ist.

Sollte ein Gläubiger noch nach Ablauf einer Wartefrist von drei Monaten seit Vollstreckbarerklärung der Nachschußberechnung nicht vollständig befriedigt sein, so darf er sich — aber nur binnen der nächsten zwei Jahre[4]) — unmittelbar an die einzelnen Genossen halten, die als Gesamtschuldner (nicht etwa nur zu Kopfteilen) und mit ihrem ganzen Vermögen für den Ausfall einzustehen haben. Die tabellarische Feststellung gegenüber der Genossenschaft ist zwar gegen die Mitglieder nicht vollstreckbar. Doch können diese nach § 122 GenG. das Bestehen einer Genossenschaftsschuld (für die Zeit der Feststellung) nicht bestreiten, wenn Vorstand oder Liquidatoren der Feststellung nicht widersprochen haben oder wenn deren Widerspruch rechtskräftig verworfen worden ist. Der persönlich in Anspruch genommene Genosse

---

[1]) Die aufeinander folgenden Berechnungen komplizieren das Umlageverfahren, ermöglichen aber eine rechtzeitige Heranziehung greifbarer Mittel und verhüten Ausfälle, wie sie z.B. die Auswanderung von Genossen verursachen könnte.

[2]) Die beschlußmäßige Vollstreckbarerklärung erspart eine Ausklagung der Genossen durch den Verwalter und beschleunigt damit in zweckmäßiger Weise den Gang des Konkurses (siehe §§ 106—109 GenG.). Anfechtungsklagen sind gegen den Konkursverwalter als gesetzlichen Vertreter der Gemeinschuldnerin zu richten und ohne Rücksicht auf den Streitwert beim Amtsgericht des Konkurses (als Prozeßgericht, nicht beim „Konkursgericht") zu erheben, vorbehaltlich einer die einheitliche Behandlung gewährleistenden Verbindung und etwaigen Überweisung an das übergeordnete Landgericht. Näheres § 112 GenG.

[3]) Siehe darüber den Text unter 7.

[4]) Der in der unmittelbaren Haftpflicht des einzelnen Genossen begründete Anspruch („die Klage") „verjährt" nach § 123 GenG. spätestens in zwei Jahren seit Ablauf der Wartefrist.

rückt in die Rechte des befriedigten Gläubigers gegen die Genossenschaft ein. Wegen einer im Konkurse von irgendeiner Seite bestrittenen Forderung dürfen einzelne Mitglieder nicht verurteilt werden, solange die Bestreitung nicht erledigt ist[1]).

b) Bei Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschußpflicht (§§ 126 bis 130 GenG.) erschöpft sich die persönliche Verantwortlichkeit der Mitglieder in dem wie unter a) verlaufenden Nachschußverfahren.

c) Bei Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht (§§ 131—142 GenG.) dürfen die Umlagen des Konkursverwalters [a] die satzungsmäßige Haftungssumme nicht überschreiten und die Konkursgläubiger ihren Ausfall gegenüber dem einzelnen Genossen nur in Höhe der nicht schon durch die Umlagen aufgezehrten Haftungssumme verfolgen.

6. In allen Fällen **muß** ein Gläubigerausschuß bestellt werden (§ 103 GenG.). Der hier mit besonders weitgehender Machtbefugnis ausgestattete Konkursverwalter soll zum Schutze nicht nur der Gläubiger, sondern auch der Genossen von vornherein wirksam überwacht werden.

7. Ein Zwangsvergleich (auch bloße Zwangsstundung) ist mit Rücksicht auf die Mitgliederhaftung unstatthaft (§ 116 I GenG.)[2]). Ebendeshalb ist eine Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit ausgeschlossen (arg. § 100 III GenG.) und eine Einstellung auf Schuldnerantrag erst nach Beginn der Schlußverteilung zulässig (§ 116 II GenG.). Eine „Fortsetzung“ der Genossenschaft läßt das Gesetz auch im Falle der Einstellung auf Schuldnerantrag nicht zu. Rechtsförmlich „aufgehoben“ wird der durchgeführte Genossenschaftskonkurs (§ 163 KO.) erst, wenn das Nachschußverfahren vollständig erledigt ist. Denn es stellt die regelmäßige Entwicklung des Genossenschaftskonkurses dar.

III. Die bei **Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit** begründeten Beitragspflichten der Mitglieder gegenüber dem Vereine werden im Konkurse des Vereins zu Nachschußpflichten im genossenschaftsrechtlichen Sinne (§ 50 VAG.) und sind dementsprechend wie im Genossenschaftskonkurse vom Konkursverwalter (im Rahmen der satzungsmäßigen Grenzen) einzuziehen (§ 52 VAG.)[3]). Eine unmittelbare Haftung der einzelnen beitragspflichtigen Mitglieder gegenüber den Vereinsgläubigern besteht aber auch im Konkursfalle nicht. Mit Rücksicht auf die Nachschußpflicht der Mitglieder gelten für die Konkursbeendigung die gleichen Schranken wie im Genossenschaftskonkurse nach II 7 (§ 52 II VAG. mit § 116 GenG.). Der Antrag auf Einstellung des Konkurses im Sinne des § 202 KO. muß wie der Konkursantrag selbst (§ 68 VAG.) der Aufsichtsbehörde vorbehalten bleiben[4]). Eine „Fortestzung“ des Versicherungsvereines nach solcher Einstellung, und zwar auf Beschluß des obersten Organs (§ 36 VAG.), ist anders als bei Genossenschaften zu-

---

1) Im freien Austrittsrechte der Genossen (§ 65 GenG.) liegt, da ihre Persönlichkeit den Genossenschaftsgläubigern zum Rückhalte dienen soll, eine erhebliche Gefahr. Stellen sich Anzeichen eines Zusammenbruchs des genossenschaftlichen Unternehmens ein, dann droht eine Massenflucht der Genossen. Ihr beugt zunächst der § 75 GenG. vor, demzufolge ein innerhalb der letzten sechs Monate vor Auflösung der Genossenschaft (namentlich auch vor der Auflösung infolge Eröffnung des Genossenschaftskonkurses) liegendes Ausscheiden von Genossen als nicht erfolgt gilt. Es rettet also den so kurz erst Ausgeschiedenen nicht vor der Nachschußpflicht und dem Einzelangriff. Über den Bereich des § 75 hinaus unterwirft der § 125 GenG. alle binnen der letzten zwei Jahre vor der Eröffnung des Genossenschaftskonkurses ausgeschiedenen Mitglieder wegen der bis zu ihrem Ausscheiden begründeten und noch ungedeckten Genossenschaftsschulden ebenfalls dem Einzelangriff, sobald sechs Monate seit Vollstreckbarerklärung der Nachschußberechnung verstrichen sind.

2) Eine der Genossenschaft bewilligte Haftungsminderung würde notwendig auch den Genossen zugute kommen. Der Rückhalt, den die Genossenschaftsgläubiger in der persönlichen Verantwortung der Genossen finden, soll aber (dies ist der Zweck des § 116 I GenG.) auch einer Gläubigerminderheit nicht wider ihren Willen verkümmert werden. Siehe indessen oben S. 141 N. 3.

3) Auch hier wird einer bei bevorstehender Katastrophe drohenden Abwanderung der Mitglieder durch Rückerstreckung der Nachschußpflicht vorgebeugt (§ 50, vgl. § 25 VAG.).

4) Siehe oben S. 125.

gelassen (§ 49 VAG.). Ganz eigenartig ist die Rangvorschrift des § 51 VAG. Danach gebührt die gemeine Masse[1]) den Konkursgläubigern konkursordnungsmäßig, aber mit der Abweichung, daß hinter allen übrigen Konkursforderungen in zwei Schlußgruppen folgen:

a) die Versicherungsansprüche der nachschußpflichtigen jetzigen und früheren Mitglieder, zuletzt
b) die Ansprüche auf Tilgung des Gründungsfonds, damit dieser seinen Zweck als Garantiefonds erfülle[2]).

Im übrigen ist zu beachten, daß auch der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit unter den § 213 KO. fällt. Beim Mangel abweichender Rechtssätze gelten also für ihn, wie für die Versicherungsaktiengesellschaft, die §§ 207, 208 KO.[3]). Darum bildet auch bei Gegenseitigkeitsvereinen schlechthin, nicht erst im Liquidationsstande, die Überschuldung neben der Zahlungsunfähigkeit einen Konkursgrund (vgl. § 68 VAG.). Bei ihrer Ermittelung muß die erst im Konkurs als Nachschußpflicht zu verwirklichende Verantwortlichkeit der Mitglieder dem Zwecke des § 50 VAG. entsprechend außer Ansatz bleiben[4]).

§ 33.

d) Nachlaßkonkurs.

I. **Zweck und Wesen.** Nachlaßkonkurs (§§ 214—235 KO.) ist der Konkurs über das beschlagsfähige Vermögen einer verstorbenen (§ 1922 I) oder für tot erklärten (§ 19 BGB.) Person. Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung bilden nach § 1975 BGB. die ordentlichen Wege, um die Beschränkbarkeit der Erbenhaftung zu verwirklichen. Beide sind Pflegschaften zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger. Eine jede kann sowohl von der Schuldnerseite (durch Erbenantrag) als von Gläubigerseite erwirkt werden. Jede vereinigt in sich die Aufgaben des beneficium inventarii (Schutz des Erben sowie seiner eigenen Gläubiger gegen die Nachlaßgläubiger) und des beneficium separationis (Schutz der Nachlaßgläubiger gegen die Eigengläubiger des Erben). Zur Haftungsbeschränkung kann es daher auch ohne Zutun des Erben kommen. Bei Überschuldung des Nachlasses ist der Nachlaßkonkurs (§ 215 KO.), sonst — also namentlich auch bei zweifelhaftem Stande der Erbschaft — die Nachlaßverwaltung das geeignete Mittel der erbrechtlichen Gütersonderung[5]). Diese äußert sich abgesehen von der Haftungsbeschränkung namentlich darin, daß ein an die Rechtsvereinigung des Erbfalles geknüpftes Erlöschen persönlicher und dinglicher Rechtsverhältnisse rückgängig gemacht (§ 1976, vgl. §§ 1977, 2013 BGB., § 225 KO.), und daß der Erbe hinsichtlich der bisherigen Führung erbschaftlicher Geschäfte den Nachlaßgläubigern gegenüber wie ein Verwalter fremden Vermögens behandelt wird (§§ 1978, 2013, vgl. §§ 1979, 2013 BGB.). Der Nachlaßkonkurs verdrängt eine bereits bestehende Nachlaßverwaltung (§ 1988 I

---

[1]) Über das Vorzugsrecht am Prämienreservefonds der Lebensversicherungsanstalten siehe S. 50. Nur als Ausfallgläubiger nehmen die Bevorrechtigten an der gemeinen Masse teil.

[2]) Der Fonds wird regelmäßig durch Darlehen von Mitgliedern und Nichtmitgliedern aufgebracht (vgl. § 22 VAG.). Diese Gründungsfondsgläubiger bilden die letzte Klasse.

[3]) Oben § 31.

[4]) Sonst würde eine Überschuldung kaum jemals zu errechnen sein.

[5]) Die Nachlaßverwaltung hat sich nicht eingebürgert. Nach § 73 Aufs.VO erscheint nun aber im Falle der Überschuldung als drittes Mittel der Gütersonderung die Nachlaßaufsicht zur Abwendung des Konkurses. Zwar kann sie nur von der Schuldnerseite erwirkt werden. Einmal angeordnet gereicht sie aber nicht nur dem Eigenvermögen und den Eigengläubigern des Erben, sondern auch dem Nachlaß und den Nachlaßgläubigern zum Schutze. Gegenüber den Schattenseiten des Nachlaßkonkurses bedeutet diese Einrichtung einen unleugbaren Fortschritt. Siehe S. 162.

BGB.) und ein zum Zwecke der Ausschließung von Nachlaßgläubigern schwebendes Aufgebotsverfahren (§ 943 ZPO.)[1]).

II. **Die Konkursvoraussetzungen** sind folgendermaßen geregelt:

1. Die Konkursmöglichkeit besteht im Interesse der Nachlaßgläubiger einerseits schon vor der Erbschaftsannahme, andererseits ohne zeitliche Schranke [siehe aber 3] auch noch nach der Erbschaftsteilung (Gegensatz: § 2062 BGB.), endlich trotz Verwirkung der Haftungsbeschränkbarkeit. § 216. Besondere Konkurse über einzelne Erbteile sind unstatthaft. § 235. Eine Erbschaftsveräußerung schließt den Nachlaßkonkurs nicht aus. §§ 232, 233.

2. Konkursgrund ist ausschließlich die Nachlaßüberschuldung[2]). § 215. Als Passiven zählen dabei auch die unter III 3 bezeichneten minderberechtigten Konkursforderungen.

3. Der Konkursantrag kann auf der Schuldnerseite von jedem Erben[3]), von von einem Nachlaßpfleger oder von einem nachlaßverwaltenden Testamentsvollstrecker, auf der Gläubigerseite von jedem Nachlaßgläubiger (z. B. auch Pflichtteilsberechtigten) ausgehen. Das Antragsrecht der Gläubiger, nicht auch das des Erben, ist zeitlich begrenzt, und zwar auf die ersten zwei Jahre seit Annahme der Erbschaft[4]). §§ 217—220.

Erbe und Erbenvertreter sind zur Antragstellung verpflichtet. §§ 1980, 1985 BGB[5]).

III. Auch hinsichtlich **der Konkursbeteiligten** gelten Besonderheiten:

1. Konkursgericht ist ausschließlich das Amtsgericht im letzten allgemeinen Gerichtsstande des Erblassers[6]). § 214.

2. Als Konkursschuldner kommt für die Zeit vor dem Erbfalle nur der Erblasser[7]) in Betracht. Für die Folgezeit ist der Erbe als solcher Träger der Gemeinschuldnerrolle[8]). So stellt der Nachlaßkonkurs einen Sonderkonkurs des Erben ausschließlich mit seinem ererbten Vermögen dar[9]). Stirbt ein Gemeinschuldner während des Konkurses, dann trägt fortab wie in einem von vornherein als Nachlaßkonkurs eröffneten Verfahren der Erbe die Gemeinschuldnerrolle. Nur ist der Kreis der Aktiven und Passiven geschlossen.

3. Konkursgläubiger sind die Nachlaßgläubiger, also einerseits nicht die Eigengläubiger des Erben, andrerseits aber grundsätzlich alle Nachlaßgläubiger

---

[1]) Damit hängt die Vorschrift des § 1989 (§ 2013) BGB. zusammen, die nach Durchführung des Nachlaßkonkurses den Erben nur noch wie nach Durchführung des Gläubigeraufgebots haften läßt. Siehe auch § 229 KO.

[2]) Siehe S. 125.

[3]) Auch wenn er die Beschränkbarkeit der Haftung endgültig verwirkt hat.

[4]) Entsprechend dem § 1981 II BGB. Auch auf Grund einer ausgeschlossenen Nachlaßverbindlichkeit, eines Vermächtnisses oder einer Auflage kann Nachlaßkonkurs beantragt werden, zwar nicht unbedingt, aber immerhin dann, wenn der Erbe bereits mit seinem Eigenvermögen im Konkurse steht. § 219 (eine Vorschrift von fragwürdiger Zweckmäßigkeit).

[5]) Vgl. §§ 1990—1992, 2013 BGB. Die strenge Konkursantragspflicht hat zu der verhängnisvollen Steigerung der Nachlaßkonkurse und der damit verknüpften Verschleuderung der Hinterlassenschaften viel beigetragen. Im Anwendungsbereiche der Nachlaßaufsicht läßt sich die Konkursantragspflicht umgehen. Über eine beschränkte zeitweilige Ausschaltung siehe oben S. 125.

[6]) Nicht das Gericht seiner davon verschiedenen gewerblichen Niederlassung zur Zeit des Erbfalls (anders § 71).

[7]) Auf seine Person kommt es namentlich dann an, wenn seine eigenen Rechtshandlungen nach Maßgabe der §§ 29ff. angefochten werden sollen.

[8]) Zust. z. B. RG. LZ. 1915 Sp. 225, 271. Auf die Person des Erben kommt es z. B. an, wenn dessen Verfügungen über Nachlaßgegenstände angefochten werden sollen. Er übt die Gemeinschuldnerrechte aus (z. B. zur Beschwerde nach § 109), er unterliegt den Gemeinschuldnerpflichten (z. B. §§ 100, 125) im Konkursverfahren. Siehe oben S. 9 Note 5. Im Falle der Erbenmehrheit ist regelmäßig jeder einzelne Miterbe als Gemeinschuldner berechtigt und gebunden (siehe aber § 230). Der Nachlaßkonkursverwalter handelt in Zwangsvertretung des Erben als solchen (zust. z. B. KG. JurW. 1916, S. 1357, Nr. 8).

[9]) Siehe S. 9.

(§ 1967 BGB.)[1]). Nachlaßkonkursforderungen begründen sonach nicht nur die Konkursforderungen des Regelkonkurses (vollberechtigte Nachlaßkonkursgläubiger), sondern auch solche Ansprüche gegen den Nachlaß, die nach § 63 Nr. 1, 3, 4 KO. (Zinsen seit Konkursbeginn, Geldstrafen, Freigebigkeiten des Erblassers) im Regelkonkurs unanmeldbar sind oder nach den §§ 1973, 1974 BGB. durch Ausschlußurteil oder Ablauf der Ausschlußfrist eine Rangeinbuße erlitten haben (minderberechtigte Nachlaßkonkursgläubiger). Doch gelangen die minderberechtigten Gläubiger erst nach allen vollberechtigten zum Zuge. Diese Regelung soll die Verteilung eines nach Befriedigung der Vollgläubiger etwa verbleibenden Überschusses der Willkür des Erben entziehen. Die minderberechtigten Nachlaßkonkursgläubiger werden ihrerseits wieder nach einer verwickelten Rangfolge befriedigt. Dabei nehmen Pflichtteile die vorletzte, Vermächtnisse und Auflagen die letzte Stufe ein. Der Pflichtteil geht Vermächtnissen und Auflagen vor, diese aber stehen sich — mangels anderweiter Anordnung des Erblassers (§ 2189 BGB.) — im Range gleich. Die nach den §§ 1973, 1974 BGB. ausgeschlossenen Erblasserschulden gehen selbst nichtausgeschlossenen Pflichtteilsverbindlichkeiten vor. §§ 226—229[2]).

Die Überschuldung des Nachlasses ergibt sich möglicherweise nur infolge Einrechnung der minderberechtigten Passiven. Beruht sie lediglich auf Vermächtnissen und Auflagen, dann können die Beteiligten den Konkurs vermeiden. Die Antragspflicht, nicht auch die Antragsbefugnis des noch beschränkbar haftenden Erben entfällt[3]). Er darf (wenn er sich damit abgeben will) Vermächtnisse und Auflagen selber, aber nur in der Rangfolge des Nachlaßkonkurses, d. h. nach den übrigen Schulden und im Zweifel zu gleichen Teilen, berichtigen. §§ 1980, 1992, 2013 BGB. Die Deckung von Pflichtteilen, Vermächtnissen oder Auflagen, die der Erbe, wäre es auch in gutem Glauben an die Zulänglichkeit des Nachlasses aus Nachlaßmitteln bewirkt, unterliegt der Konkursanfechtung in gleicher Weise wie eine freigebige Verfügung des Erben aus dem Nachlasse. § 222[4]).

IV. **Die Konkursmasse** begreift alle bei Konkursbeginn beschlagsfähigen „Nachlaßgegenstände“ (§ 1). Dazu gehören auch die Ersatzansprüche gegen den beschränkbar haftenden Erben nach Maßgabe der §§ 1978, 2013 BGB. Vgl. ferner § 1976 BGB. Ein in der Zeit zwischen dem Erbfall und der Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen einer Nachlaßverbindlichkeit oder wegen einer Eigenschuld des Erben in einen Nachlaßgegenstand erwirkter Vollstreckungsakt (Pfändung, Liegenschaftsbeschlagnahme, Zwangs- oder Arresthypothek) ermangelt im Nachlaßkonkurse schon von Rechts wegen der Absonderungskraft. Zwangsvormerkungen aus dieser Zeit wird die sonst nach § 24 eintretende Wirksamkeit versagt (§ 221)[5]).

Der Kreis der Masseschulden ist erheblich erweitert (§ 224). Namentlich bilden Masseschulden auch die Ersatzansprüche des Erben auf Grund §§ 1978,

---

[1]) Konkursgläubigerrechte begründen also namentlich vererbte Verbindlichkeiten des Erblassers (Erblasserschulden), aber auch mit dem Erbfall oder nach ihm für Rechnung des Nachlasses entstandene Verbindlichkeiten, z. B. aus Verwaltungshandlungen gesetzlicher Erbenvertreter oder aus eigner ordnungsmäßiger Nachlaßverwaltung des Erben (vgl. RG. Bd. 90, S. 91ff.). Der § 224 fügt eine Reihe solcher Verbindlichkeiten den Masseschulden ein, ohne freilich damit dem Gläubiger das Konkursantragsrecht entziehen zu wollen.

[2]) Pflichtteilsgläubiger können aber für den Nachlaßkonkurs überhaupt nur dann n Betracht kommen, wenn der nach den Regeln der Pflichtteilsberechnung gewertete Nachlaß m Zeitpunkte des Erbfalls (§ 2311 BGB.) aktiv war, die Unterbilanz sich also erst mit oder nach dem Erbfall eingestellt hat. Das wird meist übersehen. Wegen der Abfindung eines unehelichen Kindes im Nachlaßkonkurse siehe S. 38 Note 1.

[3]) Auch das Konkursantragsrecht der Nachlaßgläubiger besteht wie sonst (beachte § 219 I 2 KO.).

[4]) Einzelanfechtung: § 3a AnfG. Siehe oben S. 109.

[5]) Siehe LZ. 1914, Sp. 552f.

1979 BGB.[1]), die Kosten standesmäßiger Beerdigung oder der Todeserklärung des Erblassers[2]) und die Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften oder Prozessen gesetzlicher Erbenvertreter für Rechnung des Nachlasses[3]).

V. **Die Konkursbeendigung** kann wie beim Regelkonkurs Aufhebung (§§ 163, 190) oder Einstellung (§§ 202, 204) sein. Ein Zwangsvergleich erfordert bei Erbenmehrheit den einheitlichen Vorschlag aller Miterben. Die minderberechtigten Konkursgläubiger „nehmen an dem Zwangsvergleiche nicht teil", weder am Abschlusse noch an den Wirkungen (§ 230). Gläubiger, die dem Nachlaßkonkurse ferngeblieben sind, werden wie diejenigen zurückgesetzt, die ihre Ansprüche im Aufgebotsverfahren anzumelden versäumt haben (§ 1989 BGB.)[4]).

VI. Wenn Nachlaßkonkurs (Nachlaßverwaltung) und Erbenkonkurs **zusammentreffen,** sind Nachlaßgläubiger, denen der Erbe endgültig unbeschränkt haftet, gegenüber der Erbenkonkursmasse auf diejenigen Rechte angewiesen, die ihnen zukämen, falls der Nachlaß ein zu ihrer abgesonderten Befriedigung dienender Bestandteil der Erbenkonkursmasse wäre. Aus Rücksicht auf die Eigengläubiger des Erben wird den Nachlaßgläubigern die Doppelberücksichtigung versagt (§ 234)[5]).

VII. **Gesamtgutskonkurs.** Sind in Fällen der allgemeinen Gütergemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft beim Tode eines Ehegatten gemeinschaftliche Nachkommen vorhanden, dann tritt zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gesetzlich zur Beerbung des Verstorbenen berufenen Kindern oder Kindeskindern die fortgesetzte Gütergemeinschaft ein, nach ehelicher Fahrnisgemeinschaft freilich nur kraft Ehevertrags (§§ 1483ff., 1557 BGB.). Für den Bereich solcher Fortsetzung der Gemeinschaft wird die Erbfolge verdrängt (§ 1483 I 2 BGB.). Wie der Erbfall dem Erben kann aber der Eintritt fortgesetzter Gütergemeinschaft dem überlebenden Ehegatten eine neue Haftung aufbürden. So z. B. der Witwe als überlebendem Teile die Haftung für die aus der Gesamtsgutsverwaltung des Mannes entstandenen Verbindlichkeiten, für die sie während der ehelichen Gütergemeinschaft nicht mit ihrem Eigenvermögen einzustehen hatte (vgl. §§ 1443 II, 1489 I BGB.). Eine derartige Neuhaftung soll sich nun nach § 1489 II BGB. in entsprechender Art auf das Gesamtgut beschränken wie die Erbenhaftung auf den Nachlaß, ordentlicherweise also im Wege einer Gesamtgutsverwaltung oder eines Gesamtgutskonkurses (§§ 1975, 2013 BGB.)[6]). Den Gesamtgutskonkurs unterstellt der § 236 KO. den Regeln des Nachlaßkonkurses. Die Gemeinschuldnerrolle wird ausschließlich vom überlebenden Ehegatten getragen, nicht zugleich von den anteilsberechtigten Abkömmlingen[7]). Konkursgläubiger ist nur ein Gesamtgutsgläubiger der fortgesetzten Gemeinschaft, und zwar nur ein solcher, dem das Gesamtgut schon zur Zeit ihres Eintritts gehaftet hatte[8]). Andrerseits gehören Gesamtgutsgegenstände, die erst nach dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft neu[9]) erworben worden sind, nicht mehr zur Masse des Gesamtgutskonkurses (§ 1489 II BGB.).

---

[1]) Siehe § 224 Nr. 1 sowie die §§ 223, 225, 231.

[2]) § 224 Nr. 2 KO. mit § 1968 BGB., § 224 Nr. 3 KO. mit § 971 ZPO.

[3]) § 224 Nr. 5 KO.

[4]) Ausnahme vom § 193 KO., insofern der Erbe diesen Gläubigern nicht vergleichsmäßig haftet. Im übrigen siehe wegen der ferneren Erbenhaftung die §§ 1990f., 2000 (Satz 3), 2013, 2060 (Nr. 3) BGB.

[5]) Siehe S. 88.

[6]) Oder einer der Nachlaßaufsicht entsprechenden Gesamtgutsaufsicht (§ 73 V Aufs.VO.).

[7]) Siehe § 236, Satz 4. Ein Zwangsvergleich ist daher vom überlebenden Ehegatten und nur von diesem vorzuschlagen.

[8]) § 236 Satz 2. Gläubiger, denen der Überlebende beim Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft schon persönlich haftete, haben an einer Abscheidung des Gesamtguts kein schutzwertes Interesse. Darum können sie den Sonderkonkurs über das Gesamtgut nicht erwirken (§ 236 Satz 3), wohl aber den einheitlichen Konkurs über alles, nach § 2 auch das ganze Gesamtgut erfassende Vermögen des Überlebenden.

[9]) Also nicht etwa nur als Zuwachs auf Grund des bisherigen Bestandes.

Fünfter Abschnitt.

§ 34.

Das zwischenstaatliche Konkursrecht.

I. Je stärker sich in der Neuzeit der zwischenstaatliche Handelsverkehr entwickelt hat, um so wichtiger ist die Frage geworden, ob die Wirksamkeit eines Konkurses sich auf das Staatsgebiet des Konkursgerichts beschränkt (Territorialität), oder ob sie sich auch auf das Ausland erstreckt (Universalität). Unzweifelhaft wäre der Konkurszweck dann am vollkommensten zu erreichen, wenn alles wo immer befindliche Schuldnervermögen in einheitlichem Verfahren nach einheitlichen Regeln an die Gläubiger des In- und Auslandes verteilt würde. Darum empfahlen denn auch noch die Brüsseler Beschlüsse des Institut de droit international (1902) unter dem Einflusse der in der französischen und italienischen Doktrin vorherrschenden Strömung die Universalität für den Inhalt von Staatsverträgen. Allein der Versuch, ein Weltkonkursrecht aller Kulturstaaten zu schaffen, stößt auf unüberwindliche Schwierigkeiten, weil sich die unerläßliche Übereinstimmung der wesentlichen Rechtsgrundlagen (z. B. die einheitliche Regelung des Realkredits, der Beschlagsgrenzen, der Zuständigkeit) gar nicht erreichen läßt, nach dem Weltkriege noch viel weniger als unmittelbar zuvor. So mußte sich bereits das 1904 im Haag ausgearbeitete Projet relatif à la faillite, das noch vom Gedanken der Universalität ausgeht, damit begnügen, Muster für die gemeinsame Konkursbehandlung einzelner Staaten mit verwandter Rechtsordnung aufzustellen, und zwar (ein bedenkliches Zeichen der Schwäche) ausschließlich für den kaufmännischen Konkurs. In Wahrheit hat das System der Universalität auf den Haager Konferenzen seinen Bankrott erklärt. Soweit nun aber internationale Vereinbarungen fehlen, die dem Konkurse des einen Vertragsstaates Wirksamkeit auch im Gebiet eines anderen zuerkennen (und es gibt nur ganz vereinzelte und veraltete Übereinkünfte solcher Art), insoweit erheischt die Territorialität als der dem Wesen des Konkurses entsprechende Grundsatz Geltung. Denn wie die Staatsgewalt überhaupt hat die staatliche Vollstreckungsmacht, auf der die Zwangseinrichtung des Konkurses beruht, ihre Schranken in den Grenzen des Staatsgebietes.

II. Die positiven Regeln des deutschen Gesetzes (§§ 5, 237, 238 KO.) ermangeln der Einheitlichkeit.

1. Der § 238 begrenzt die Beschlagskraft des Inlandskonkurses nur dann auf das Inlandsvermögen, wenn der Schuldner im Inlande bloß einen Niederlassungsgerichtsstand hat. Für die Regel muß also der Verwalter des Inlandskonkurses alles ihm erreichbare[1]) Auslandsvermögen zur Masse ziehen. Diesem Gedanken einer Universalität des Inlandskonkurses nach der aktiven Seite entspricht die (übrigens

[1]) Die Erlangung kann an tatsächlichen und rechtlichen Hindernissen scheitern, an rechtlichen mit Rücksicht auf entgegenstehende Auslandsgesetze. Siehe RG. Bd. 54, S. 193, LZ. 1914 Sp. 1764 (hier das ältere österr. Recht nach § 61 KO. von 1868); Bd. 90, S. 124 (Wegfall des Hindernisses infolge der Umsetzung unbeweglicher in bewegliche Werte).

auch auswärts geübte) gleichberechtigte Zulassung der Auslandsgläubiger im Inlandskonkurse (§ 5)[1]).

2. Dem Auslandskonkurse dagegen versagt der § 237 eine universelle Beschlagskraft. Denn ungeachtet des Auslandskonkurses wird — mit Vorbehalt nur einer von Reichs wegen zu erlassenden Ausnahmeanordnung — der Zwangszugriff auf Inlandsvermögen für zulässig erklärt (vgl. § 14). Für den deutschen Richter folgt aus diesem Standpunkt des Gesetzes: daß eine Wirksamkeit des Auslandskonkurses auf Inlandsvermögen grundsätzlich nicht anzuerkennen ist[2]); daß der Auslandskonkurs namentlich dem Schuldner die Verfügungsmacht in Ansehung seines inländischen Vermögens nicht entzieht; daß er insoweit das Vorgehen inländischer und ausländischer Gläubiger gegen den Schuldner persönlich nicht verhindert[3]); daß er schwebende Inlandsprozesse nicht unterbricht.

3. Soweit das geltende Recht die Territorialität ausdrücklich ablehnt, bindet es den inländischen Richter und Konkursverwalter. Darüber hinaus gilt aber auch für das deutsche Recht die Territorialität, weil sie dem Wesen des Konkurses entspricht[4]).

Die Rangfolge der Konkursforderungen kann nur einheitlich, und zwar nach dem Rechte des Konkursgerichts bestimmt werden. Rein prozessuale Fragen — wie Anmeldung, Prüfung, Vergleichsverfahren — sind nach dem Rechte des Konkursgerichts zu entscheiden. Für die abgesonderte Befriedigung aus Sachen ist das Sachstatut, für die abgesonderte Befriedigung aus Forderungen das über die Forderung entscheidende Recht maßgebend. Ein im Auslandskonkurse geschlossener Zwangsvergleich setzt dem Zugriff auf Inlandsvermögen keine Schranke.

III. Vergeltungsmaßnahmen, wie sie der § 5 II KO. gegenüber Auslandsgläubigern vorsieht, können heute durch Anordnung des Reichsjustizministers mit Zustimmung des Reichsrates verhängt werden (Art. 179 RV., §§ 3, 5 ÜbergG.). Durch das Versailler Diktat Art. 276 unter d) soll indessen dem Reich die Macht entzogen sein, Angehörigen der „alliierten“ oder „assoziierten“ Staaten Schranken aufzuerlegen, die nicht schon am 1. Juli 1914 bestanden (und damals bestanden keinerlei konkursrechtliche Beschränkungen von Auslandsgläubigern), falls sie nicht auch Reichsangehörige treffen. So wären wir gegenüber diesen Staaten selbst dann wehrlos, wenn sie in ihren Konkursen deutsche Gläubiger zurücksetzen[5]).

---

[1]) Für das Verhältnis zu Österreich ist der § 67 österr. KO. von 1914 bedeutsam, demzufolge zur österreichischen Konkursmasse auch im Auslande befindliche Fahrnis einzubeziehen, an Auslandskonkurse aber österreichische Fahrnis auszuliefern ist, wenn Gegenseitigkeit besteht und kein Konkurs in Österreich selber schwebt.

[2]) Vgl. RG. LZ. 1915, Sp. 1588.

[3]) Zust. RG. Bd. 89 S. 181.

[4]) So sehr bestimmt auch RG. Bd. 100, S. 242 mit Verw. (dem Art. 265 II 2 schweiz. KGes., der nicht vollbefriedigten Gläubigern die neue Vollstreckung auf Grund eines „Verlustscheins“ nur verstattet, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, wird zutreffend die Maßgeblichkeit für die Rechtsverfolgung im Inland abgesprochen).

[5]) Über den Einfluß des Reichsausgleichsgesetzes siehe S. 126.

Sechster Abschnitt.

§ 35.

Konkursabwendungsverfahren (Geschäftsaufsicht).

I. Reichsgesetzliche Maßnahmen zur Rettung notleidender Unternehmungen vor dem drohenden Konkurse bestanden bei Kriegsbeginn nur vereinzelt und nur zugunsten des Großbetriebs, so für Hypothekenbanken (§§ 11—13 SchuldverschrG.) und Versicherungsanstalten (§ 69 VAG.). Dort zum Zwecke privater, hier zu dem amtlicher Sanierung. Einen konkursverhütenden Zwangsvergleich (Präventivakkord) als allgemeine Rechtseinrichtung hat erst das Kriegsnotrecht im Rahmen **der Geschäftsaufsicht** zur Abwendung des Konkurses geschaffen (VO. v. 14. Dezember 1916 in Fortbildung einer VO. v. 8. August 1914). Weit früher waren anderwärts nach belgischem Muster (loi sur le concordat préventif de la faillite, 26. Juni 1887) selbständige Regelungen des Präventivakkords zustandegekommen (zuletzt Österr. Ausgl.O. 1914, Ungar. AusglO. 1915).

Die Lage unserer wirtschaftlichen Verhältnisse gebot längst schon, das Konkursabwendungsverfahren gesetzlich auszubauen[1]). Allein es verstrichen fünf Jahre seit Kriegsbeendigung, ohne daß diese Reform in die Wege geleitet wurde. Als schließlich der allgemeine Kreditnotstand die Mängel der bestehenden Einrichtung aufdeckte, versuchte man durch überstürzte Einzelmaßnahmen den nächsten Bedürfnissen abzuhelfen. Eine VO. vom 8. Februar 1924 (RGBl. I 51, 154) stellte klar, daß auch mittelbare Kriegsfolgen in den Anwendungsbereich der Geschäftsaufsicht fallen[2]). Eine zweite vom 14. Juni 1924 (RGBl. I 641)[3]) hat in dem Bestreben, unlauterem Mißbrauche der Rechtswohltat zu steuern, die Geschäftsaufsicht und mit ihr den Weg zum Präventivakkord durch eine ganz widersinnige Fristenverkürzung erschwert und so eine in unserer Zeit besonders verhängnisvolle Häufung der Konkurse heraufbeschworen[4]).

II. Nach geltendem Recht bildet die Geschäftsaufsicht eine Vermögenspflegschaft zu dem Zwecke, eine notleidende, aber noch lebensfähige Einzelwirtschaft zu heilen.

1. Das Unternehmen muß konkursreif, aber in absehbarer Zeit zu retten, die Notlage muß infolge des Krieges oder seiner wirtschaftlichen Nachwirkungen[5])

---

[1]) Siehe ZZP. 48 S. 139ff.

[2]) Die VO. erging auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 8. Dezember 1923 (RGBl. I S. 1179). Ihre sonstigen Vorschriften sind durch die folgende VO. überholt worden.

[3]) Beruhend auf einem eigenen Ermächtigungsgesetze vom 12. Juni 1924 (RGBl. I 641). Die VO. ist am Tage der Verkündung (14. Juni 1924) in Kraft getreten und trifft bereits angeordnete Geschäftsaufsichten nach näherer Maßgabe des Art. II. Die bisherige Gebührenfreiheit des Aufsichtsverfahrens ist in § 78 neuer Fassung beseitigt.

[4]) Die Erwartung, daß die jetzt drohende Hochflut der Konkurse in der Hauptsache „Inflationsblüten" hinwegschwemmen und damit nur der Gesundung unserer Wirtschaft dienen werde, beruht auf großer Harmlosigkeit.

[5]) Besonders infolge der Entwertung unserer Papiermark und der Kapitalanlagen. Ungenügend wären z. B. der Fehlschlag einer vom Währungsverfall unabhängigen Spekulation oder schwere Verluste infolge unerlaubten Verhaltens Dritter (Diebstahl oder Unterschlagung durch Angestellte) oder infolge Zufalls (Feuer, Hagel, Schiffsuntergang). Auch in solchen Fällen aber können Rücksichten nicht nur auf den Schuldner, sondern auf seine Gläubiger und auf mitberührte Verkehrskreise die Konkursabwendung dringend erwünscht erscheinen lassen.

eingetreten sein (§ 1). Zu diesem Behufe wird die Vermögensverwaltung des Schuldners durch eine „Aufsichtsperson" (den Aufsichtspfleger) unterstützt und überwacht, zugleich aber auch der Gläubigerzugriff gehemmt (§§ 2—6). Das Hauptmittel der Sanierung bildet der Zwangsvergleich (§§ 33—65). Nebenbei fördert der drohende Mehrheitszwang auch den Güteausgleich als freiwilliges Nachgeben aller Gläubiger.

Die Geschäftsaufsicht soll eine Rechtswohltat für notleidende aber redliche[1]) Schuldner sein. Nur auf Antrag des Schuldners wird sie eröffnet (§ 1). Auf sein Verlangen muß sie jederzeit aufgehoben werden (§ 66). Aus schonender Rücksichtnahme auf ihn waren amtliche Bekanntmachungen bis zur VO. vom 14. Juni 1924 ausgeschlossen[2]). Die Wohltat genießt, wer konkursfähig ist. Zur Abwendung des Nachlaßkonkurses findet eine Nachlaßaufsicht statt, die wie der Konkurs zur erbrechtlichen Gütersonderung führt (§ 73). Durch Erwirkung der Geschäftsaufsicht werden Konkursantragspflichten (z. B. die der §§ 1980, 1985 BGB., der §§ 240f. HGB.) umgangen. Bei pflichtwidrigem Verhalten büßt der Schuldner die Rechtswohltat ein (§ 66 II Nr. 1). Unmittelbarer Zwang wird nicht geübt. Der Schuldner ist nur persönlich, nicht dinglich gebunden[3]).

2. Aufsichtsgericht ist das Amtsgericht des Konkurses (§ 1). Seine Entscheidungen sind in der Regel unanfechtbar (§ 19).

3. Am Aufsichtsverfahren nehmen in der Hauptsache nur solche persönliche Gläubiger teil, die im Konkurse Konkursgläubiger sind, nicht also Aus- und Absonderungsberechtigte[4]), nicht Masse- und Vorrechtsgläubiger (§§ 4, 13). Doch

---

[1]) Der Neufassung des § 1 Abs. 3 zufolge ist der Antrag des Schuldners auf Anordnung der Geschäftsaufsicht abzulehnen, wenn nach dem Ermessen des Gerichts der Konkursgrund auf Unredlichkeit oder Leichtsinn des Schuldners zurückzuführen oder wenn durch sein bisheriges Gebaren die Besorgnis begründet ist, daß er während der Geschäftsaufsicht den Interessen der Gläubiger zuwiderhandeln werde. In dieser Hinsicht hat das Gericht vorbereitende Ermittelungen anzustellen (§§ 16, 21). Namentlich hat es (außer bei Verzugsgefahr) Berufsvertretungen (Handels-, Handwerks-, Landwirtschaftskammern usw.) oder Sachverständige gutachtlich zu hören (§ 21 II mit § 22 II neuer Fassung). Im vorbereitenden Verfahren kann es zur Sicherung der Gläubiger dem Schuldner „besondere Verpflichtungen" auferlegen (§ 21 III n. F.). Dem Sonderzugriff von Aufsichtsgläubigern bleibt im Interesse der Gleichbehandlung schon im Stadium zwischen Antrag und Anordnung der Aufsicht für deren Zweckbereich von Rechts wegen die Wirksamkeit versagt (§ 21 IV n. F.). Ein solcher Vollstreckungsakt ist unzulässig (§§ 766, 775 Nr. 1, 776 ZPO.) und ermangelt der dinglichen Beschlagskraft (z. B. im Sinne der §§ 804, 867, 930, 932 ZPO.).

[2]) So der § 18 I alter Fassung. Nichtamtliche Bekanntgabe hatte sich bereits durchgesetzt. Die amtliche (§ 22 I i. F. vom 14. Juni 1924: Veröffentlichung der Aufsichten durch den Reichsanzeiger) bietet einen wirksamen Schutz nicht nur für die beteiligten Gläubiger, sondern auch für Dritte, die künftig geschäftliche Beziehungen mit dem Schuldner anzuknüpfen gewillt sind. Bekanntgabe der Beendigung: § 70 n. F.

[3]) Die Aufsicht beläßt, da sie gerade die Konkursfolgen abwenden soll, dem Schuldner Verwaltungs- und Verfügungsmacht. Er verbleibt auch im Vollgenusse seiner staatsbürgerlichen Rechte. Wohl steht er unter Aufsicht, hat dem Aufsichtspfleger Auskunft über Geschäfts- und Vermögenslage zu geben, dem Aufsichtszweck abträgliche Rechtshandlungen (wie Grundstücksverfügungen) nur mit dessen Zustimmung vorzunehmen, neue Schulden nur einzugehen, soweit dies der Fortbetrieb des Unternehmens und eine bescheidene Lebensführung erheischt (vgl. § 28 III). Auch können ihm vom Gericht noch besondere Verbindlichkeiten auferlegt werden, wie etwa die, keine Wechsel zu zeichnen oder einlaufende Gelder in bestimmter Art zu hinterlegen (§ 3). Allein diese ganze Gebundenheit wirkt rein persönlich. Eine Verfügungsbeschränkung tritt weder von Rechts wegen ein, noch kann sie von Aufsichts wegen verfügt werden. Die VO. vertraut darauf, daß der Schuldner ihre Gebote schon um seiner selbst willen befolgen werde, da er ja sonst die Entziehung der Rechtswohltat zu gewärtigen hat (§ 66 II Nr. 1). Doch darf der Aufsichtspfleger im Bedarfsfalle (besonders bei längerer Abwesenheit des Schuldners) die Verwaltung selbst übernehmen oder sie unter seiner Kontrolle einer Hilfskraft zuweisen (§ 2 Satz 2).

[4]) Selbst solche Absonderungsrechte, die erst in der Zwischenzeit zwischen Zahlungseinstellung und Geschäftsaufsicht durch Zwangszugriff erwirkt worden sind, bleiben vorbehaltlich der in der Note 1 erwähnten Schranke (§ 21 IV) unangetastet. Eine anfechtungsrechtliche Rückgewähr kennt das Aufsichtsverfahren nicht. Siehe den Text Seite 165 unter 6.

zieht die Aufsicht wie den neuen Erwerb des Schuldners so auch dessen neue Verbindlichkeiten in ihren Bereich. Die Aufsichtsgläubiger unterliegen erheblichen Schranken: Sondervollstreckungen sind ihnen verwehrt (§ 6), seit der VO. vom 14. Juni 1924 schon vom Eingang des Aufsichtsantrages ab (§ 21 IV); die Nichterfüllung fälliger Schulden gibt ihnen für sich allein keinen ausreichenden Klaganlaß (§ 12). Als solcher scheidet auch die Gefahr einer Verjährung aus, da diese zunächst gehemmt bleibt (§ 7). Aufrechnung wird dem Aufsichtsgläubiger gestattet, wenn Forderung und Gegenforderung einander schon bei Aufsichtsbeginn aufrechenbar gegenüberstanden (§ 8). Schwebende Gegenseitigkeitsverträge erfahren eine besondere Lösung[1]). Eine Aufteilung der Masse nach Art des Konkurses findet dem Aufsichtszweck entsprechend nicht statt. Nur Betriebsüberschüsse fließen den Gläubigern zu (§ 5)[2]). Der Gläubigerbeirat des Aufsichtsverfahrens (§§ 30—32) spielt eine weit geringere Rolle als der Gläubigerausschuß des Konkurses, ist aber gleichwohl seit der VO. vom 14. Juni 1924 für alle größeren Unternehmungen obligatorisch (§ 30 I 1).

4. Der konkursabwendende **Zwangsvergleich** (§§ 33—65) ist dem konkursbeendenden nachgebildet. Doch bestehen manche Besonderheiten. So gibt es Ansprüche, die zur Teilnahme an der Vergleichsschließung nicht berechtigen und trotzdem den Vergleichsminderungen verfallen, wie Freigebigkeitsforderungen und Verfahrenskosten (§ 33). Auch bleibt ein Gläubiger, der an sich zu den Vergleichsgläubigern gehört, vom Vergleich unberührt, wenn seine Forderung in dem vom Schuldner vorzulegenden Gläubigerverzeichnis absichtlich oder unabsichtlich ausgelassen worden ist (§ 60 I 2). Eine weitere Sicherung soll den Gläubigern ein besonders gearteter Offenbarungseid des Schuldners bieten. Das Gericht kann nämlich den Schuldner schwören lassen, daß er seine Aktiven und seine Passiven so vollständig als möglich angegeben habe (§ 50). Der Druck ist auch hier nur ein mittelbarer; er liegt lediglich in der Gefahr einer Einstellung des Vergleichsverfahrens (§§ 57 II, 58)[3]).

Den zulässigen Vergleichsinhalt beschränkt der § 35 auf Erlaß, Stundung und Sicherung. Bei Genossenschaften ist Kapitalerlaß ausgeschlossen, im übrigen aber der konkursabwendende (anders als der konkursbeendende) Zwangsvergleich statthaft. Das Gebot der Gleichbehandlung gilt als Regel (§ 34). Mindestquoten werden im allgemeinen nicht verlangt (vgl. jedoch § 55).

Das Vergleichsverfahren zeichnet sich schon in seinem Beginne durch eine außergerichtliche Vorbereitung aus. Diese muß soweit gefördert sein, daß die Vergleichsannahme als gesichert erscheint. Bereits beim Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens hat nämlich der Schuldner außer dem Vergleichsvorschlage die schriftliche Erklärung einer zur Annahme ausreichenden Mehrheit beizubringen, dahin lautend, daß die Gläubiger einer Eröffnung des Vergleichsverfahrens auf der Grundlage des Vorschlags zustimmen (§ 41). Nutzlose Vergleichsbemühungen des Gerichts sollen damit erspart werden. Die Zustimmung zur Eröffnung des Vergleichsverfahrens ist an sich noch keine Zustimmung zum Vorschlage selbst. Beim Ausbleiben eines Widerrufs aber wird sie als Annahme behandelt (§ 51).

Im Vergleichstermine vor dem Aufsichtsgerichte sind die Vergleichsan-

[1]) Die Erfüllung des beiderseits unerfüllten Austauschvertrages (z. B. Kaufes) kann der Schuldner — nicht der Aufsichtspfleger, nicht die Gegenpartei — mit gerichtlicher, im Interesse des Aufsichtszweckes zu erteilender Ermächtigung ablehnen. Näheres §§ 9—11, 13 Nr. 2.

[2]) Für die Regel in der Rangfolge des Konkurses (§ 5 Satz 2). Die Mittel sind beim Fortbetrieb eines Handelsunternehmens durch angemessene Verwertung der Warenbestände zu beschaffen, auch wenn die erzielten Preise hinter den Anschaffungspreisen zurückbleiben. Der Aufsichtspfleger hat darüber zu wachen, daß diese Umsetzung des Warenlagers und die Abwicklung schwebender Schuldverhältnisse erfolgt (§ 28 I n. F.). Druck: § 66 Nr. 1.

[3]) Ausdrücklich ausgeschaltet ist der Beugezwang der §§ 899ff. ZPO. und der Makel der schwarzen Liste des § 915 ZPO. (§ 50 II 2). Darum bleibt der Eid doch nach Zweck und Inhalt ein Offenbarungseid.

sprüche auf Grund des Gläubigerverzeichnisses zu „erörtern“, zunächst nur zum Zwecke der Stimmrechtsermittlung. Unterbleibt aber jeder Widerspruch, dann ist die Forderung als „anerkannt“ im Verzeichnisse zu vermerken (§ 47). Sodann wird über den Vorschlag verhandelt und abgestimmt. Die Abstimmung geschieht mündlich. Doch kann ein Gläubiger die Annahme, nicht die Ablehnung, auch schriftlich erklären (§ 51). Zwangsmacht hat wie im Konkurse bloß eine verstärkte Doppelmehrheit: für die Regel wird einfache Kopfmehrheit und zugleich Dreiviertelsummenmehrheit verlangt. Nur werden beide Majoritäten nach der Zahl der überhaupt vorhandenen Vergleichsgläubiger berechnet. Wer ausbleibt oder keine Stimme abgibt, zählt daher nach beiden Richtungen als ablehnend. Auch das ist eine Besonderheit, daß kurzfristige Stundungen mit einfacher Summenmajorität bewilligt werden können (§§ 37—40). Namentlich aber darf die Regel der Gleichbehandlung nicht nur mit allseitigem Willen der Zurückgesetzten, sondern unter gerichtlicher Zustimmung mit Mehrheitszwang durchbrochen werden (§ 34 I). So kann die Mehrheit z. B. die Vollbefriedigung besonders bedürftiger kleiner Leute beschließen.

Um wirksam zu werden, bedarf der angenommene Zwangsvergleich wie im Konkurse noch einer rechtskräftigen gerichtlichen Bestätigung. Sollte das Übereinkommen auf unlautere Weise zustandegebracht oder dem Gemeinwohle der Gläubiger abträglich sein, dann hätte der Richter die Bestätigung (anders als im Konkurse) schon von Amts wegen zu versagen. Der richterliche Bestätigungs- oder Verwerfungsbeschluß unterliegt sofortiger Beschwerde. Erwächst die Bestätigung in Rechtskraft, dann bildet der Anerkennungsvermerk des Gläubigerverzeichnisses einen nach Inhalt des Übereinkommens und in Verbindung mit ihm vollstreckbaren Titel gegenüber dem Schuldner wie gegenüber etwaigen Vergleichsbürgen (§§ 53—62).

Mit der Rechtskraft des den Zwangsvergleich bestätigenden Beschlusses endet die Geschäftsaufsicht (§ 69). Sie hat ihren Zweck erreicht.

5. Die Beendigung der Geschäftsaufsicht erfordert — abgesehen vom Falle rechtskräftiger Bestätigung des Zwangsvergleichs (§ 69) — stets einen besonderen aufsichtsgerichtlichen Aufhebungsbeschluß. Das Gericht hat die Aufhebung zu beschließen:

a) Auf Schuldnerantrag nach §§ 66 I. Der Schuldner kann die Aufhebung zu jeder Zeit und nach freiem Belieben durch bindendes Verlangen erwirken. So etwa nach Erzielung eines außergerichtlichen Gütevergleichs. So aber auch dann, wenn er alle Hoffnung auf Rettung des Unternehmens aufgibt. Letzternfalls wird der Übergang zum Konkurse zweckmäßig gefördert, wenn der Schuldner gleichzeitig mit der Aufhebung der Geschäftsaufsicht die Eröffnung des Konkurses beantragt[1]).

b) Auf Gläubigerantrag, wenn sich eine Gläubigerversammlung mit der im § 66 III Nr. 1 bestimmten Mehrheit gegen die Fortdauer der Geschäftsaufsicht ausgesprochen hat[2]).

c) Von Amts wegen[3]) in zwei Fällen:

α) Aus wichtigen Gründen (§ 66 I, II). Die Triftigkeit des Anlasses beurteilt das Gericht nach freiem Ermessen. Bejaht es sie, dann muß es aufheben. Hauptgründe bilden grobe Pflichtverstöße des Aufsichtsschuldners (z. B. Flucht, Eidesverweigerung) und gegenwärtiger, sei es

---

[1]) Nach § 67 i. F. vom 14. Juni 1924 hat das Gericht den Aufsichtspfleger und die Mitglieder des Gläubigerbeirats unverzüglich vom Antrage des Schuldners auf Aufhebung der Geschäftsaufsicht in Kenntnis zu setzen. So wird auch eine vom Willen des Schuldners unabhängige Konkurserwirkung beschleunigt. Die unmittelbare Überleitung der Aufsicht in den Konkurs ist bei uns nicht vorgesehen.

[2]) Die Einberufung der Gläubigerversammlung kann von den im § 16 Satz 3 (i. F. vom 14. Juni 1924). bezeichneten Beteiligten jederzeit erwirkt werden.

[3]) Eine Anregung steht den Gläubigern wie dem Aufsichtspfleger frei.

ursprünglicher oder nachträglich eingetretener Mangel der Aufsichtsvoraussetzungen (Aussichtslosigkeit der Sanierung, Unwürdigkeit des Schuldners)[1].

β) Wegen Zeitablaufs (§§ 66 III Nr. 2, 3). Um unlauterer Verschleppung der Geschäftsaufsicht vorzubeugen, zieht ihr die VO. vom 14. Juni 1924 enge (allzu enge) Zeitschranken. Sie ist aufzuheben, wenn nicht innerhalb eines Monats ein ausreichend fundierter Vergleichsantrag gestellt ist und überdies, wenn drei Monate seit Anordnung der Aufsicht verstrichen sind, ohne daß es zur Bestätigung eines Zwangsvergleichs kam[2]. Beide Fristen können zwar auf Schuldnerantrag mit Zustimmung bestimmter Gläubigermehrheiten verlängert werden. Doch sind diese Mehrheiten, besonders die zur Verlängerung der zweiten Frist erforderten, rechtzeitig wohl nur selten zu erzielen. So wird eine Aufsicht, die ihren Zweck nicht binnen drei Monaten erreicht hat, regelmäßig aufzuheben und vom Konkurse begleitet sein.

Der Aufhebungsbeschluß ist unanfechtbar[3] (§ 19). Im Regelfalle des Erlasses ohne mündliche Verhandlung (§ 15) wird er im Verhältnis zu allen Beteiligten wirksam mit der Zustellung an den Schuldner (§ 14 AufsVO. mit § 329 III ZPO.)[4].

6. Kommt es nach dem Scheitern der Geschäftsaufsicht zum Konkurse, dann genießen Forderungen aus Rechtsgeschäften, die der Schuldner während des Aufsichtsverfahrens mit Zustimmung des Aufsichtspflegers vorgenommen hat oder selbständig vornehmen durfte (vgl. § 3), keinen Vorrang vor den Altgläubigern[5]. Der Kreis der Massegläubigerrechte erweitert sich, wenn der nicht behobene Konkursgrund zum Konkurse führt, gegenüber der konkursrechtlichen Regel nur insofern, als die gerichtlichen Kosten des Aufsichtsverfahrens (§ 78) und die gerichtlich festgesetzten Aufwands- und Vergütungsansprüche des Aufsichtspflegers (§ 27) den Massekosten des § 58 KO. eingereiht werden (§ 71).

Erhöhte Bedeutung gewinnt nun die Anfechtungsfrage. Dem Aufsichtspfleger ist die Macht versagt, die Rückgewähr vom Schuldner veräußerter Vermögensstücke im Anfechtungswege zu betreiben. Jetzt steht der Konkursverwalter vor dieser Aufgabe. Sie wird für Benachteiligungsakte aus der Zeit vor und während der Geschäftsaufsicht durch die Vorschrift gefördert, daß die Dauer der Geschäftsaufsicht bei Berechnung der Anfechtungsfristen (§§ 30 Nr. 2, 31 Nr. 2, 32, 33, 41 I 3 KO.) nicht mitzählt (§ 75)[6].

---

[1]) Vor dieser Aufhebung muß das Gericht dem Schuldner Gelegenheit bieten, sich mündlich oder schriftlich zu äußern (§ 67 II). Der Tod des Schuldners kann die geplante Sanierung vereiteln, bildet aber weder einen unmittelbaren Beendigungsgrund noch auch für sich allein einen Aufhebungsgrund oder ein Vergleichshindernis (siehe § 73).

[2]) War vor Ablauf der Dreimonatsfrist ein Zwangsvergleich bestätigt worden, dann ist zu unterscheiden: erwächst der Bestätigungsbeschluß in Rechtskraft, dann beendet er selber (wie S. 164 unter 4 a. E. bemerkt) die Geschäftsaufsicht (§ 69); wird die Vergleichsverwerfung rechtskräftig, dann erstreckt sich die Dreimonatsfrist bis zum Eintritte dieser Rechtskraft mit der Folge, daß nun ein besonderer Aufhebungsbeschluß zu erlassen ist (§ 66 III Nr. 3).

[3]) Den bisherigen § 68, der dem Schuldner die sofortige Beschwerde eröffnete, hat die VO. vom 14. Juni 1924 gestrichen, um es ihm unmöglich zu machen, das Verfahren zum Schaden der Gläubiger in die Länge zu ziehen.

[4]) Über das bisherige Recht siehe RG. Bd. 106 S. 164. Sollte der Konkurs eröffnet worden sein, ehe der Aufhebungsbeschluß förmlich zugestellt war (also im Widerspruch mit § 6 I), so hätte er die Aufsicht verdrängt (RG. a. a. O. S. 165).

[5]) Die Begünstigung der §§ 13 I Nr. 1, 33 II entfällt. Wer mit dem Aufsichtsschuldner geschäftlich verkehrt, tut gut, sich auf Barabschlüsse zu beschränken.

[6]) Entsprechenden Schutz genießt nach § 75 die Einzelanfechtung (§§ 3, 12 AnfG.) der bisher am Sonderzugriff behinderten Aufsichtsgläubiger. Zustimmung des Aufsichtspflegers steht der späteren konkursmäßigen und außerkonkursmäßigen Anfechtung nicht entgegen (RG. Bd. 106 S. 165f.). Wegen der besonderen Konkursanfechtung (§ 30 KO.) siehe oben S. 103f. Note 2.

Sachregister.

Die großen Zahlen verweisen auf die Seiten, die hochgestellten kleinen auf die Fußnoten.

Abgaben, Absonderungsrecht 79.
— Vorrecht 46f.
— Feststellung 133[1].
Abgesonderte Befriedigung s. Absonderung.
Abschlagsverteilung 135.
Absichtsanfechtung 104ff.
Absonderung 76ff.
Abstimmung in der Gläubigerversammlung 55.
Abtretung von Konkursforderungen 38.
— an Ausländer 76[3], 89[3].
Abweisung des Konkursantrags 126.
Abwendung drohender Konkurse 161ff.
actio Pauliana 95[2].
Aktiengesellschaft (Aktienkommanditgesellschaft), Konkurs 148ff.
Aktienzeichnung 150[5].
Aktivprozesse 31ff.
Alimente s. Unterhaltsansprüche.
Allgemeine Gütergemeinschaft s. Gütergemeinschaft.
Allgemeiner Prüfungstermin s. Prüfungstermin.
Amtliche Konkursbehandlung 2f.
Amtsbetrieb 121f.
Amtsgericht s. Konkursgericht.
Anfechtung gerichtlicher Entscheidungen s. Beschwerde.
— von Rechtshandlungen des Schuldners 95ff., 165.
— des Zwangsvergleichs 144f.
Anmeldefrist 128.
Anmeldung von Konkursforderungen 128ff.
Anstandspflichten 107.
Anteile der Konkursgläubiger 136.
Antrag (Recht und Pflicht der Konkursbeantragung) 125, 147, 149, 152, 156.
Anwartschaften, Bewährung im Konkurse 42.
Anweisung 28.
Apotheker, Konkursvorrecht 47f.
Apothekeninventar als Massebestandteil 65.
Armenrecht 29[1].
Arrest, offener 127.
Arzt, Konkursvorrecht 47f.
Aufgabe zur Post (Zustellung) 122.
Aufgebot der Nachlaßgläubiger 157.
Aufhebung des Konkurses 137.
Auflage im Nachlaßkonkurse 109, 157.
Auflösende Bedingung 37, siehe auch kassatorische Klausel.
Auflösung von Verbänden infolge des Konkurses 8, 146f., 150f., 154.
Aufnahme unterbrochener Prozesse 32, 33, 133.
Aufrechnung im Konkurse 88ff., 95.
— im Aufsichtsverfahren 163.
Aufschiebende Bedingung 37.
Aufsicht des Konkursgerichts 59.
— s. auch Geschäftsaufsicht.
Aufsichtsperson 162.
Aufwandsbeihilfe 92, 94.
Aufzeichnung der Masse s. Inventar.
Ausfallhaftung 85ff.
Ausgeschlossene Nachlaßgläubiger 157.
Ausgleichsverfahren 126, 136[1].
Auskunftspflicht 19.
Auslagen des Konkursverwalters 85, 92, 94.
— der Ausschußmitglieder 54, 92.
Auslandskonkurs 159f.
Auslandsgläubiger 35f., 160.
Ausschlagung s. Erbschaft.
Ausschlußfrist 136.
Aussonderung 69ff.
Ausverkauf 53[6].

Bankrott (Bankerutt) 2[2].
Bedingte Forderungen 37.
Beendigung des Konkurses 137ff.
Beerdigungskosten 157f.
Befristete Forderungen 36.
Bekanntmachungen 122.
Benachteiligung der Gläubiger als Anfechtungserfordernis 98ff.
beneficium competentiae s. Kompetenz.
— excussionis 85f.[5]
— inventarii 155.
— separationis 155.
Bereicherung der Masse 93.
Berufsverwalter 58[2].
Beschlagnahmevorrecht 77.
Beschlagsrecht 43.
Beschlußfassung des Gläubigerausschusses 53.
— der Gläubigerversammlung 55.
Beschwerde 121.
Besitzergreifung durch den Verwalter 56.
Besondere Konkursanfechtung 100ff.
Bestätigung des Zwangsvergleichs 142f.
— bei der Geschäftsaufsicht 164.
Betagte Forderungen 36.
Betrug beim Vergleichsabschlusse 144f.
Bevorrechtete Konkursgläubiger s. Konkursvorrechte.
Bilanz des Verwalters 57; Goldmarkeröffnungsbilanz 125[6].
Börse, Sperrung für Gemeinschuldner 19.
Briefe s. Postsperre.
Bürgen 37, 45[1], 51, 54, 143.

Capitis deminutio eines Gemeinschuldners 11, 19.
cessio bonorum 125[1].
Chirographargläubiger 128[2].
Concordat 139.
concursus non alit infantes 38[1].
contradictor 129[5].
crida 2[2].
curator bonorum 129[5].

Darlehen, Aufnahme durch den Verwalter 53f.
Deckung (kongruente und inkongruente), Anfechtbarkeit 101ff.

Depeschen s. Postsperre.
Depotrecht 50f.
Dienstbarkeit 69, 77.
Dienstbezüge s. Lidlohn.
Dienstverhältnis, Einfluß des Konkurses 26.
discharge (order of) 137[5].
Distributionsverfahren 134[2].
Dividende s. Anteile.

Ehegatte, Anfechtung 108.
— Aussonderung 75f.
— Konkursmasse 63f., 158.
— Zwangsvergleich 142.
Ehemakellohn 38.
Ehevertrag 108.
Eigentümerpfand 77.
Einkaufskommissionär s. Kommission, Verfolgungsrecht.
Einstellung des Konkurses 138f.
Eintragung des Konkurses im Grundbuch und öffentlichen Registern 18.
Einwendungen gegen Verteilungslisten 136.
Einziehung s. Zinsen (Vorausverfügung); Strafeinziehung 42, 79[1].
Eisenbahninventar als Massebestandteil 65.
Elektrizität, Verträge auf Lieferung 22[2], 47[2].
Elterliche Gewalt 19.
Enteignung 42.
Entlassung von Ausschußmitgliedern 54.
— des Konkursverwalters 59f.
Entscheidungen im Konkursverfahren 121.
Erbe als Gemeinschuldner im Nachlaßkonkurse 156.
— Eigenkonkurs des Erben 158.
Erbschaft, Ausschlagung 16.
Erbteil, kein selbständiger Konkurs 156.
Ermittelungen von Amts wegen s. Offizialmaxime.
Eröffnung des Konkurses 123ff.
Errungenschaftsgemeinschaft s. Gütergemeinschaft.
Ersatzaussonderung 74f.
Ersitzung 42.
Eventualgläubigerrechte 37.
Exterritoriale 11.

Fahrnisgemeinschaft s. Gütergemeinschaft.
Falliment 2[2].
Feststellung der Konkursforderungen 128ff.
— der Vergleichsansprüche bei der Geschäftsaufsicht 163f.
fiducia s. Treuhandverfügung.
Fixgeschäft 23.
Fortführung des Geschäfts 54, 55, 65.
Fortgesetzte Gütergemeinschaft s. Gütergemeinschaft.
Fortsetzung einer Handelsgesellschaft nach dem Konkurse 146f., 151, 154.
Freie Nachforderung 137.
Freigabe 32, 67ff.
Freigebigkeiten, Anfechtbarkeit 106ff.
— Unanmeldbarkeit 39.
Fremdwährung 35.
— als Überschuldungsgrund 125[6].
Fünfzehnhundertmarkvertrag s. Gehaltsverfügung.
Funderwerb 42.

Gant 2[2].
Gegenseitiger Schuldvertrag, Konkurs 20ff.
— Geschäftsaufsicht 163.
Gehaltsverfügung 99[1].
Geldentwertung 7, 35.
Geldstrafen 39.
Gelegenheitsgeschenke 107.
Gemeinden, Konkursfähigkeit 10f.; s. auch Abgaben.
Gemeinschaft der Konkursgläubiger 43, 52; Gemeinschaften zur gesamten Hand (Konkursfähigkeit) 9; s. auch Rechtsgemeinschaft.
Gemeinschuldner 8ff., 11ff., 147, 149f., 152, 156.
Genehmigung von Verwaltungsakten 53f., 55, 57.
Genossenschaftskonkurs 151ff.
Gerichtsstand der Masse 30[1].
Gesamtgutskonkurs 158.
Gesamthaftung 51.
Geschäft des Gemeinschuldners, Zugehörigkeit zur Konkursmasse 65.
— Fortführung und Schließung 54, 55.
Geschäftsaufsicht 161ff.
Geschäftsbesorgungsverträge 26.
Geschäftsbücher 00.
Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners 16.
Geschworener 19.
Gesellschaft des BGB., Konkursunfähigkeit 9.
— Konkurs eines Gesellschafters 27, 81, 148.
— Konkurs der Gesellschaft m. b. H. 146.
Gesellschaftsvertrag 20[1], 27.
Gesinde s. Dienstverhältnis, Lidlohn.
Gewerbegericht 19.
Gläubigerausschuß 53f.
Gläubigerbeirat 163.
Gläubigerversammlung 54f.
Gläubigerverzeichnis der Geschäftsaufsicht, Anerkennungsvermerk 164.
Gleichbehandlung der Konkursgläubiger 39ff.
Goldklausel 125[6].
Goldmarkrechnung 7, 35, 128, 138[1].
Grundbuch s. Konkursvermerk, Verkehrsschutz.
Güteausgleich 162.
Gütergemeinschaft 19.
Güteverfahren 132f.[2]

Haft des Gemeinschuldners 19.
Haftpflicht s. Genossenschaftskonkurs.
Haftpflichtversicherung, Absonderungsrecht 80.
Handelsregister 146[1].
Handelsrichter 19.
Handlungsvollmacht 27.
Hausangestellte s. Dienstverhältnis, Lidlohn.
Hebammen, Vorrecht 47.
Hebungen, wiederkehrende 35.
Heimstätte 65.
Hinterlegung zurückbehaltener Dividenden 135f.
— Anwartschaft aus Hinterlegung 43.
Honorar s. Vergütung.
Hypothek s. Pfandhaftung, Verkehrsschutz.
Hypothekenbanken 48ff.

Immobilien, Absonderung 77ff.
— Verwertung 83.
Inkongruenz s. Deckung.
Inlandskonkurs 158f.
Innungsschiedsgericht 19.
Insolvenz s. Zahlungsunfähigkeit.
Insuffizienz s. Überschuldung.
Internationales s. zwischenstaatliches Recht.
interusurium s. Zwischenzins.
Inventar des Verwalters 56f.
Istmasse 62.

Juristische Personen, Konkursfähigkeit 8ff., 146.

Kapitalisierung von Wiederkehransprüchen 35.
Kassatorische Klausel 144f.[4]
Kaufmännischer Konkurs 4.
Kaufmannsgericht 19.
Kinder, Konkursvorrecht 48.
— Unterhaltsansprüche 38.
Kommanditgesellschaft 146 mit 147ff.
Kommanditist 147[5].

Kommissionsgeschäft 26, 49.
Kompetenz, freiwillige 92[5].
— gebotene 64.
Konfiskation s. Einziehung.
Kongruenz s. Deckung.
Konkursabwendung 161ff.
Konkursanfechtung, besondere 100ff.
Konkursanspruch 44[4].
Konkursantrag s. Antrag.
Konkursbeendigung s. Beendigung.
Konkursbeschlag 11, 44.
Konkurseröffnung s. Eröffnung.
Konkursfähigkeit 8ff.
Konkursforderungen 34ff.
Konkursfreies Gut 66, 69.
Konkursgericht 122f.
Konkursgläubiger 34ff., 147, 150, 152, 156f.
Konkursgrund 123f., 147, 148, 152, 155, 156.
Konkurshindernisse 125f.
Konkursmasse 62ff.
Konkurspfandrecht 43.
Konkursstatistik 6ff.
Konkurstabelle 128[2], 129; s. auch Gläubigerverzeichnis.
Konkursteilnahmerecht 44[4].
Konkursverfahren 120ff.
— Wiederaufnahme 145.
Konkursvermerk 18f.
Konkursverwalter 11ff., 28ff., 56ff.
Konkursverzicht 138.
Konkursvorrechte 44ff., Anmeldung u. Feststellung 128, 130, 132f.
Konkurszweck 1f.
Kosten des Konkurses 92.
— der Geschäftsaufsicht 160[3], 165.
— der Konkursteilnehmer 39.
— neben dem Kapital 51; s. auch Prozeßkosten.
Kostendeckung, Mangel 126, 138.
Krisengeschäfte (Anfechtbarkeit) 100ff.
Kündbarkeit von Dienstverhältnissen 26.
— von Miete und Pacht 24f.
Kurkosten 47.

Labyrinthus creditorum 2.
Land s. Staat.
Landesrecht, Verdrängung 6.
Landwirtschaftsgut, Massezugehörigkeit des Inventars 65.
Lebensversicherung, Einfluß des Konkurses auf schwebende Verträge 26f., Konkursvorrecht 49ff.
Leistung an den Gemeinschuldner 17, 18.
Lidlohn 46.
Liquidationsverfahren 128[2].
Liquidatoren, Stellung in Gesellschaftskonkursen 147[5], 149[8].

Masse s. Konkursmasse.
Masseansprüche (Massegläubigerrechte) 91ff., 136[3], 139[1], 141, 157f., 165.
Massekosten 92.
Masseschulden 92f., 157f.
Mehrheit der Gläubiger 124.
Mietverhältnis, Einfluß des Konkurses 24ff.
Minderberechtigte Nachlaßgläubiger 157.
Missio in bona 3[1].
Miteigentum, Auseinandersetzung 81.
Mitgliedschaftsrechte 34.
Mitschuldner, Doppelhaftung 51.
— Eventualgläubiger 37.
— Zwangsvergleich 143.
Mittelbare Zuwendung, Anfechtbarkeit 98.
Mündelvorrecht 48.
Mündlichkeit, freigestellte 121.

Nacherbe 66f.
Nachlaßaufsicht 155[6], 162.
Nachlaßgläubiger 156f.
Nachlaßkonkurs 155ff.
Nachlaßverwaltung 155.
Nachschußberechnung 153.
Nachtragsverteilung 135.
Nachzügler 136.
Neuerwerb 66f.
Nießbrauch, Massezugehörigkeit 64.
Nutznießung, gesetzliche 19.
Nutzverwaltung 19.

Oberstes Landesgericht 119.
Obligationäre 150[4].
Öffentliche Abgaben s. Abgaben.
— Bekanntmachungen s. Bekanntmachungen.
— Verbände, Vorrecht 47.
Offenbarungseid 19, 163.
Offene Handelsgesellschaft, Konkurs 147[1]f.
Offener Arrest 127.
Offizialbetrieb 121f.
Offizialmaxime 121.
Ordnungsstrafen gegenüber d. Verwalter 59.

Pachtverhältnis, Einfluß des Konkurses 24ff., Verpächterpfandrecht im Konkurse 79.
par condicio creditorum 39ff.
Passivprozesse 32f.
Patentanwalt 19.
Paulianische Klage s. actio Pauliana.
Pfandbriefgläubiger, Konkursvorrecht 48f.
Pfandhaftung, Absonderungsrecht 76ff.
— unberührt durch Zwangsvergleich 143.
Pfändungspfandrecht 79.
Pfleger 19.
— zur Wahrung von Gläubigerrechten 50, 51.
Pflegling, Vorrecht 48.
Pflichtteilsansprüche 109, 157.
Posthalterei-Inventar 65.
Postsperre 19.
praesumtio Muciana 75.
Prämienreservefonds 49.
Präventionsprinzip 1, 43, 76, 96.
Präventivakkord 141[1], 161, 163f.
Prioritätsobligationen 150[4].
Prioritätsverfahren 128[2].
Privilegien s. Konkursvorrecht.
Prokura 27.
Protokollführung 121.
Prozesse, Einfluß des Konkurses 28ff.
Prozeßfähigkeit des Gemeinschuldners 28, 29[2].
Prozeßgericht (im Gegensatze zum Konkursgericht) 123.
Prozeßkostenschuld 33.
Prozeßvollmacht 27.
Prüfungstermin (allgemeiner, besonderer) 129.

Quellen des Konkursrechts 4f.
Quittungen des Verwalters 53.

Rang der Absonderungsgläubiger 77[1], 80f.
— der Konkursgläubiger 44ff., im Nachlaßkonkurse 157.
— der Massegläubiger 94f.
Rechnungslegung des Verwalters 137.
Rechtsanwalt 19.
Rechtsgemeinschaft zwischen dem Schuldner und Dritten 63, 81f.
Rechtshandlung 15, 97.
Rechtskraft 29.
Rechtsnachfolger als Anfechtungsschuldner 113f.
Rechtsvergleichung 6.
Register, Konkurseintrag 146[1].
Regreßgläubiger, bedingte Konkursteilnahme 37.
Rehabilitation s. Wiederbefähigung.
Reich, Konkursfähigkeit 10.

Reich, Konkursvorrecht 46f.
Reichsanzeiger 122[2], 162[2].
Reichsausgleichsgesetz s. Ausgleichsverfahren.
Reichsgericht 119.
Reichssteuern s. Steuervorrecht.
Reichswährung 35.
Rentenschuld, Absonderung 77.
Reservefonds 50.
Retention s. Zurückbehaltung.
Retorsion s. Vergeltung.
right of stoppage s. Verfolgungsrecht.
Rücktrittsrecht eines Vermieters (Verpächters) 25.

Sachverständige 121.
Salgado 2.
Schadensersatz 22, 24, 25, 26.
Schadensversicherung 26f.
Schätzung 34f.
Scheck, Anweisung 28.
— Zahlung (Anfechtbarkeit) 101.
Schenkungsanfechtung 106ff., Schenkungsforderung (Unanmeldbarkeit) 39.
Schiedsspruch 131f.[6]
Schiedsurteil 30, 132f.[2]
Schiffspfandrecht, Absonderung 77.
Schließung des Geschäfts s. Geschäft.
Schlußrechnung 137.
Schlußtermin 137.
Schlußverteilung 135, 136.
Schlußverzeichnis (Schlußverteilungsliste) 135, 136.
Schöffe 19.
Schuldenmasse 134[3].
Schuldenmassestreit 32f.
Schuldübernahme 45[1].
Schutzbefohlene, Konkursvorrecht 48.
Schwarze Liste 126.
Seeversicherung 27.
Selbstverwaltung 2ff.
separatio ex iure crediti (dominii) 76.
Sicherung der künftigen Konkursmasse 18.
— bedingter Konkursforderungen 37.
— der Massegläubiger 94, 141.
— Sicherungsübereignung s. Treuhandverfügung.
Sollmasse 62.
Sonderkonkurs 9, 156.
Sondernachfolge in den Anfechtungsgegenstand 113f.
Sondervollstreckung s. Zwangsvollstreckung.
Spielschulden 38.
Staat, Konkursfähigkeit 10.
— Konkursvorrecht 46f.
Statistik s. Konkursstatistik.
Steuervorrecht 46f.
— Feststellung 133[1].
Stiftung 8, 146.
Stille Gesellschaft 9, 34[3], 109, 146.
Stimmrecht 55.
Streitwert des Feststellungsprozesses 133.
Sukzessivlieferungsverträge 21f.
sumptus alimentationis 92[5], oeconomici 92[4], processus 92[3].
Surrogation zugunsten der Masse 67; s. auch Ersatzaussonderung.

Tabelle s. Konkurstabelle.
Teilhaberbegünstigung (Anfechtbarkeit) 109ff.
Teilungsmasse 134[3].
Teilungsmassegegenstreit 33.
Teilungsmassestreit 32.
Telegramme s. Postsperre.
Termine des Konkurses 121.
Territorialität 159.
Testamentsvollstrecker 156, 158[3].
Tierarzt, Konkursvorrecht 47.
Titulierte Konkursgläubiger 131.
Tod des Gemeinschuldners 156, des Schuldners bei der Geschäftsaufsicht 165[1].
Todeserklärung 155, 158.
Treuhänder 49.
Treuhandverfügung 71f., 78, 87.
Treuhandzwangsvergleich 141[4].

Überschuldung 124, 148f., 152, 156, 157.
Umlagen im Genossenschaftskonkurse 153.
Unbewegliches Vermögen, Absonderung 77.
Unentgeltliche Verfügungen s. Freigebigkeiten.
Universalität 159.
Unterbrechung von Prozessen 30f.
— der Verjährung 129.
Unterhalt für den Gemeinschuldner s. Kompetenz.
Unterhaltsansprüche 38.
Unterlassen, anfechtbares 97, 112.
Untersagung der Ausführung von Beschlüssen 55.
Untersuchungsgrundsatz 121.
Untreue des Masseverwalters 60[5].
Unwirksamkeit, relative 16f.
Unzulänglichkeit der Masse zur Kostendeckung 126, 138.
Unzulässigkeit des Zwangsvergleichs 141.
Urheberrechte, Massezugehörigkeit 64f.

Valutagläubiger s. Fremdwährung.
Vater s. elterliche Gewalt.
Verantwortlichkeit des Konkursverwalters 60.
— der Ausschußmitglieder 54.
— des Konkursgerichts 59.
Verarbeitung (als Eigentumserwerbsgrund im Konkurse) 42.
Veräußerungsverbot 18.
Verbot der Sondervollstreckung 40f. (Konkurs), 162[1], 163 (Geschäftsaufsicht); s. auch Untersagung.
Vereine 8.
Verfolgungsrecht 74.
Verfügungsmacht, Verlust 15ff.
Vergeltung 160.
Vergleichsbürgen 141[4], 144f.[4]
Vergleichstermin 141f.
Vergleichsvorschlag 141.
Vergütung für die Tätigkeit des Verwalters 59, 61, 92, 94.
— der Ausschußmitglieder 54.
Verhaftung des Gemeinschuldners 19.
Verjährung, Unterbrechung durch Anmeldung im Konkurse 129.
— Hemmung durch Geschäftsaufsicht 163.
Verkehrsschutz 17f., 38, 42.
Verlagsvertrag 24.
Verlustgemeinschaft 1, 39ff.
Verlustschein 160[4].
Vermächtnis im Konkurse des Beschwerten 39.
— im Nachlaßkonkurs 109, 157.
— Ausschlagung 16.
Vermieterpfandrecht, Absonderung 79.
Verpflichtungsfähigkeit des Gemeinschuldners 16.
Versicherungsanstalten, Konkurs 49f., 125, 150, 154f.
Versicherungsverträge 26f.
Verteilungen 134ff.
Verteilungsliste 135, 136.
Vertrag (schwebender), Einfluß des Konkurses 20ff.
Vertragsstrafe 51.
Verwalter s. Konkursverwalter.
Verwendungsansprüche 80.
Verwerfung des Zwangsvergleichs 142f.
— bei der Geschäftsaufsicht 164.
Verwertung der Masse 83ff.

Verzeichnis, s. Tabelle, Verteilungsliste.
Verzicht auf abgesonderte Befriedigung 85ff.; Konkursverzicht s. diesen.
Verzugshaftung, Ausschluß 7, 39.
Veto des Gerichts s. Untersagung.
Vollmacht 27f.
Vollstreckung s. Zwangsvollstreckung.
Vorerbe 66f.
Vormerkung 23, 40, 43, 76.
Vorrechte (Vorzugsrechte) s. Konkursvorrechte.
Vorschlag s. Vergleichsvorschlag.
Vorschußberechnung 153.

Wahlrecht des Konkursverwalters 20ff.
Wahltermin 127.
Währung s. Fremdwährung, Reichswährung, Wertmesser.
Warenzeichen 65.
Wechsel, Anweisung 28.
— Anfechtbarkeit der Wechselzahlung 101.
Wechselfähigkeit des Gemeinschuldners 16.
Werkvertrag 26.
Wertmesser 7.
Wettschulden 38.
Widerspruch im Prüfungstermine 129f.
Wiederaufnahme des Konkurses 145, der Zahlungen 103.
Wiederbefähigung 19.
Wiedereinsetzung gegen Versäumung des Prüfungstermines 130.
Wiederkehrschulden 22, 35, 38.
Wohnortszwang 19.

Zahlung an den Gemeinschuldner 17, 18.
Zahlungseinstellung 103, 124.
Zahlungsunfähigkeit 123f.
Zahnarzt, Konkursvorrecht 47.
Zeugen 121.
Zinsen 51.
— Vorausverfügung über Miet- und Pachtzinsen 25.
Zollgut 79.
Zubehör 82[3].
Zurückbehaltung von Anteilen für Konkursgläubiger 135f.
Zurückbehaltungsrecht, Absonderung 79, 80.
Zusatzberechnung 153.
Zuständigkeit des Konkursgerichts 122f.
Zustellungen 121f.
Zwangsenteignung 42.
Zwangsvergleich im Konkurse 139ff.
— bei der Geschäftsaufsicht 163f.
Zwangsvertretung des Gemeinschuldners 12.
Zwangsverwertung 83.
Zwangsvollstreckung, Verbot im Konkurse 40f., Anfechtbarkeit 97, 102.
— bei der Geschäftsaufsicht 162[1], 163.
Zwangsvormerkung 40.
Zweiseitiger s. gegenseitiger Schuldvertrag.
Zwischenstaatliches Konkursrecht 159f.
Zwischenzins 36.